

相殺における担保的機能論に関する一考察

——相殺の第三者効を導く理由付けについて——

石垣茂光

目次

- 一 問題の所在
- 二 日本法における相殺の第三者効に関する史的素描
 - (一) 立法段階
 - (1) 旧民法の立場
 - (2) 現行民法の立場
 - (3) 立法後の学説
 - (4) まとめ
- (二) 戦前の判例
 - (1) 地位承継論
 - (2) 相殺権構成(四六八条二項の抗弁事由)

- (3) まとめ
 - (三) 戦前の学説
 - (1) 水口説（期待保護説）
 - (2) 債務者保護論（通説）
 - (3) 鳩山説（担保機能保護説）
 - (4) 相殺権説
 - (5) まとめ
 - (四) 戦後の判例
 - (1) 昭和三二年・三九年判決
 - (2) 昭和四五年判決
 - (3) まとめ
 - (五) 戦後の学説
 - (1) 相殺権構成について
 - (2) 簡易決済機能・公平維持機能と担保的機能の関連
 - (3) 担保的機能論に対する批判
 - (六) 小括
- 三 ドイツ法における相殺の第三者効に関する史的素描
- (一) 後期普通法学説
 - (1) 注釈学派
 - (2) プロイセン一般ラント法
 - (3) 問題提起
 - (4) 学説の展開
 - (二) 判例

（三） BGBの成立過程

（四） 小括

四 若干の検討

五 結びに代えて

一 問題の所在

一方債権が譲渡され、あるいは差押えられた場合、その債権の債務者が関与第三者に相殺を對抗するためには両債権がいかなる態様になければならないかという問題は、とくに弁済期を巡って古くから争われてきた。判例は、当初、第三者関与時点での両債権の弁済期到来を要求していたが、その後、自働債権の弁済期が到来していれば相殺可能とし、さらに、関与時点で両債権ともに弁済期未到来であっても、その後に自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来すればよいとした。そしてついには、両債権の弁済期の先後関係を問うことなく相殺適状になれば相殺し得るとするに至った。学説も大きく分けて、弁済期の先後関係を問う制限説Ⅰと、それを問わない無制限説に分かれ、さらに弁済期の問題だけでなく相殺予約の存否など総合的に判断して相殺の可否を決定しようとする制限説Ⅱと呼ばれるもの、あるいは期限の利益放棄・相殺予約などによる弁済期の繰り上げを弾力的に認めるものの、関与時点での相殺適状を必要とするいわゆる嚴格説と呼ばれるものがある。⁽¹⁾

しかし、無制限説を採用した最高裁昭和四五年判決が現れてからすでに二五年余りが経過し、実務もこれで定着していることから、現在では「相殺権の保全の問題から相殺権の行使の問題へ移っている」といわれ、形式的には⁽²⁾⁽³⁾

相殺可能であってもその態様から相殺を抑止する必要がある場合のための相殺権濫用の法理が議論の中心となっている。ところが、この問題は無制限説を採用した結果生ずる問題といわれてきたが、例えば不渡異議申立預託金との相殺、同行相殺など相殺権濫用の問題とされる事案では、弁済期の先後が問題というより、そもそもそのような相殺が許されるか否かという問題であり、弁済期に関するいずれの説を採用しても問題となるのである。⁽⁵⁾ そうなると、いずれにしても弁済期の問題というような形式的な要件のみを論じていくだけでは足りず、実質的に不当な結果を招く相殺を排除していくということも同時に考えていかなければならないことになる。そこで、無制限説を採用しつつも、相殺権濫用の法理といういわば外在的な修正を施していくか、あるいは制限説Ⅱのように、このような要素を内部的に取り込んで要件化していくことが考えられるが、現在ではさらに、両債権の牽連性という要件を、弁済期の問題とは別に付加していくという主張もみられる。⁽⁶⁾ この点からすると、相殺権濫用の法理をどのように位置付けていくかということが問題となってくるのであるが、ひるがえって考えると、そもそも相殺制度とはいかなる制度であるかがまずもって問われなければならないことになる。相殺が、前記四五年判決によって全面的に承認された担保的機能を有することから、これに基づいて第三者効が導かれるとするも、担保視し得ない状況を相殺権濫用の場面として排除するとの考え方を一方の極とすれば、両債権に牽連性がなければ第三者効が認められないとする対極までの幅が大きいのである。相殺制度に対する基本認識の差が相殺権濫用の場面对する解決方法の差異となって現れてくることにもなるのである。

そこで、相殺権濫用の場面をも視野にいれながら、本稿では改めて相殺制度の本質について検討していくことにする。その際、相殺制度の意義および第三者効を導く根拠付けについて焦点を絞っていくが、これは取りも直さず担保的機能をどのように位置付けるかということになる。すなわち、相殺の担保的機能が承認されることに異論が

見られないにせよ、担保的機能に独立した地位を認め、ここから要件論も導かれるとするのか、これは相殺が行われた結果を指すものであって、第三者に対抗するための要件は別に考えられるとするかの違いになってあらわれてくる。そして、このような違いは、相殺の本質についての理解の差から生じ、さらにここから第三者効の根拠付けについても違いが生じてくることになるのである。

ところで、相殺の第三者効に関して、我妻博士は次のように述べられている。すなわち、相殺しうる地位を相殺権と呼び、この相殺権の内容は現在相殺することができる者の地位に限らず、将来相殺によって清算すると予期しうる者の地位を広く含むべきである。そして、相殺制度は、相互に債権を有し、将来相殺によって清算しうると信頼し合っている者を保護するものであり、一方当事者の関知しない差押や債権譲渡によってこの信頼ないし期待を奪うべきではない。⁽⁸⁾ すなわち、我妻博士は、将来において相殺することの期待を相殺権に含ませることによって、相殺適状前に一方債権を差押え、あるいは譲り受けるという形で関与してきた第三者に対して、その後になす相殺の主張を認めるのである。

このようにして相殺の第三者効を「相殺権」から導くのは、大審院の時代もそうであった。ところが、最高裁になると、後述するように差押と相殺の事例であったせいか、相殺権という觀念から結論を導くことはしなかった。両債権の弁済期の先後関係を問うものの、第三者関与時点での弁済期到来を不要とする理由付けについては、将来相殺をすることの「期待及び利益」を正当に保護することが挙げられ、弁済期の先後関係を問わないとするのは、「受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられ」ており、これを「できる限り尊重すべきである」からだという理由付けが述べられてきた。そうすると、概略すると判例上は、相殺に簡易決済機能・公平維持機能があるとしても、第三者に対抗できるのはそのような機能とは別に、当初は相殺権があるから、次いで期待利

益があるからだとしていたが、最終的には担保的機能を第三の機能として認めるとともに、これを第三者効の根拠付けとしたことになる。これに対して学説は、判例の見解に同調する立場のほかに、担保的機能を第三の機能としては認めつつも、これを第三者効の根拠付けとはせずに、相殺の期待利益から導くとするか、あるいは簡易決済機能・公平維持機能を第三者効の根拠付けにするかに大きく分かれており、判例に同調する立場が無制限説に、次いで制限説¹、厳格説と、それぞれ対応することになる。

結局、ここでの見解の相違は、担保的機能をどのように位置付けるかということになるのであるが、問題はそれだけに止まらず、「担保的機能」の内容自体も不明確さがつきまとい、議論を混乱させている一因にもなっている。例えば、担保的機能といった場合、それが相殺の期待利益と旨旨されている場合もあれば、相殺には債務から免れるという機能のみならず、債権回収機能もあることを示す意味に用いられる場合もあり、さらには自働債権の担保として受働債権を捉えているという状態、しかも物的担保が付されているのに等しいということを意味することを用いられる場合もある。そして、このような使われ方の違いは、担保的機能があるから相殺に對外効が認められるのか、對外効は別に認められ、それによって生じた結果を担保的機能という用語で示すのかという理解の違いに根差すものと考えられる。担保的機能という用語に、独立した価値を見いだし、そこから要件も導かれると考えるかどうかということになるのである。さらには、担保的機能が認められるにせよ、どのような場合にこれが認められるかは問題である。多くの論稿は預金債権と貸付債権を相殺する銀行の場面が念頭におかれているようであり、そうであるならばこの場合に限って担保的機能が認められることになりそうであるが、あまり論じられていないようである。⁽⁹⁾

このようにして、「担保的機能」という用語を用いたにせよ、そこから明確な輪郭・内容が浮かび上がってくるも

のではなく、むしろ同一用語を用いながら捉え方に差があることによってかえって混乱し、議論が噛み合っていない状況すら生じているのである。このことからすれば、担保的機能ということから当然にして一定の要件・効果が導かれるというものではなく、これを認めることによって反対に、相殺によって守られるべき保護利益が不明確になってしまったといえるのである。⁽¹⁰⁾ 内容が不明確であり、外延も必ずしも明確になっていない広範な概念を基礎に一定の法律要件・効果を結び付けることに問題が潜んでいると考えられるのである。

さらに、そもそも相殺に第三者効が認められるのはなぜかということが問題視されてこなかったことも問題である。すなわち、四六八条であれ、五一一条であれ、相殺に第三者効があるのは当然とされ、ただその要件と結び付けられて期待利益や担保的機能が論ぜられてきたのである。例えば、債権譲渡が行われると、相殺適状の要件の一つである相互対立性が失われ、もはや相殺することができないはずであるが、四六八条を根拠にそれでも債権譲受人に対して相殺を対抗できるのはなぜか。⁽¹¹⁾ 確かに、債権譲渡が行われてもそれに関与しない債務者に不利益を与えてはならないことが理由として挙げられてはいるものの、そのことが承認された沿革、あるいは債務者にとっての不利益とは何かということが十分論ぜられてきたとはいえない難いのである。⁽¹²⁾

そこで、本稿では、これらの点も含めて検討していくことにするが、その際にドイツ法を参照することにする。ドイツ法においては、周知の通り、債権譲受人や差押債権者に相殺を対抗するためには、債権譲渡・差押の時点で両債権が弁済期にある必要はないが、その後自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する関係になればならないと規定する。このような立法的解決がなされる前には、日本法と同様に、相殺が認められる要件について争いがあった。しかし、そこで考えられていたことは、関与第三者に対して相殺を対抗することができるのは債務者（第三債務者）が相殺権を有しているからであることを出発点とし、その保護されるべき相殺権がいつから

発生するの⁽¹³⁾か、その内容は何かということであった。そこで、その経過を迎えることによって一定の示唆を得たいと考えるからである。

注

- (1) さしあたってこの点に関する判例・学説の整理としては、伊藤進「差押と相殺——第三者の権利関与と相殺理論」星野英一編集代表『民法講座 第四卷 債権総論』(昭和六〇年、有斐閣) 四三八頁以下参照。
- (2) 後掲判例⑧。
- (3) 石井眞司「判例による銀行の相殺権保障とその例外」判タ四一二号(昭和五五年) 四九頁。
- (4) 伊藤進「相殺権の濫用についての一考察(上)」民事研修三四六号(昭和六一年) 一六頁。
- (5) 平井一雄「貸付債権と不渡異議申立預託金との相殺」田中誠二先生追悼論文集『企業の社会的役割と商事法』六〇〇頁。
- (6) 後述四五六頁以下参照。
- (7) 相殺の担保的機能は立法当初から認められたものではない。はじめはドイツ法の紹介のもとにそのような債権満足機能が指摘され(この点をいち早く指摘されたのは、岡松参太郎「相殺論」内外論叢二卷六号(明治三六年) 七四頁以下。さらに、唯道文芸「相殺ノ法律上ノ性質ニ関スル学説」京都法学会雑誌一〇卷一二号(大正四年) 一五三頁以下参照)、戦後に至っては金融業界が自己の貸付債権の回収を確実・容易に行うためにこの機能に着目するという実上の必要性から認められてきたものである(詳しくは、岩田準平「連見儀昭」預金に対する差押と相殺の効力」金法一九一号(昭和三三年) 九頁、吉原省三「預金と貸付金との両建関係と銀行取引」金法五二八号(昭和四三年) 五頁以下、『銀行取引法の諸問題』(昭和四八年、金融財政事情研究会) 所収)、石井眞司「相殺」金法七〇〇号(昭和四九年) 五八頁、林良平「判批」法時三三卷八号(昭和三六年) 九二頁参照)。そして最近では、相殺は、債務消滅の章ではなく、債権担保ないし債権回収の章に組み入れられて解説されている(北川善太郎「債権総論(民法講要Ⅲ)」(平成五年、有斐閣)、潮見佳男「債権総論」(平成六年、信山社)、内田貴「民法Ⅲ」平成八年、東京大学出版会) など)。
- (8) 我妻栄『新訂債権総論』(昭和三九年、岩波書店) 三一九頁以下、三三六頁。

(9) このように、相殺にまつわる問題は、銀行がその一方当事者として関与してくる場合がほとんどである。その結果、第三者効の問題も、銀行というファクターをどのように評価するかが解釈に影響を及ぼすことになる（とくに、相殺予約に關して、このような指摘をするものとして、北川善太郎「民法の判例と体系」法セ二五九号（昭和五年）二七頁以下）。しかし、本稿では、この点を捨象して、相殺一般を念頭におく。相殺の本来的な制度趣旨に主眼を置いての検討を加えようとするからである。

(10) 例えば、最判昭和五四年七月一〇日民集三三卷五号五三三頁は、転付債権者からする相殺（いわゆる逆相殺）について、第三債務者の相殺に対する期待は転付債権者の有する相殺の機能までも妨げるものではないなどを理由として、相殺適状の先後関係からではなく、相殺の意思表示の先後関係を問題にしている。学説も、一般に、担保的機能についての発展的問題として捉え（例えば、伊藤進「順相殺と受働債権の転付債権者からの逆相殺の優先」ジュリ増刊「担保法の判例Ⅱ」（平成六年）二九一頁）、担保的機能の制限場面として、これが無制限に認められないとするのである。そもそも昭和四五年判決と調和するかが疑問であるとともに、担保的機能が認められる範囲がますます不明確になったと言い得るのであろう。

(11) 僅かに、木村一八郎「民法第四百六十八条二項に於ける特殊問題の研究（一）」民商一〇巻四号（昭和十四年）五七二頁、宮崎孝治郎『判民昭和三年度七事件』（昭和三年、有斐閣）三七頁以下、西村信雄編『注釈民法Ⅱ』（昭和四〇年、有斐閣）三九六頁（明石三郎）などが、五〇五条の例外であることを指摘しているにすぎず、その保護はむしろ当然視されているようである。

これに対し、ドイツ法においては、債務者が債権譲受人に相殺を對抗できると規定するBGB四〇六条の規定がこの相互対立性の欠如を埋める働きをするということが一般的に説明されている。Vgl. Heinrichs, H. (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [v. Feldmann, B.], Bd. II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 1994, S. 1634; Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 10./11. neubearb. Aufl., Berlin 1978, S. 616; Soergel, H. T., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2/1, Schuldrecht I / 1, 11. neubearb. Aufl., Stuttgart Berlin Köln Mainz 1986, S. 1845f.; Sber, H., Compensation und Aufrechnung, Leipzig 1899, S. 101.

(12) なお、本稿では、さしあたって、法定相殺のみを扱うことにする。相殺予約に關しては、事業者間で行われた三面契約に

よる相殺について、これを否定した最高裁判決が現れた(最判平成七年七月一八日判時一五七〇号六〇頁、判タ九一四号九五頁、金法一四五七号三七頁)。興味ある問題であり、この点を含めて相殺予約に関しては別稿で検討することにする。

(13) 相殺の第三者効に関しては、法上当然消滅主義を採用しているフランス法系と、意思表示による相殺を採用しているドイツ法系の違いは問題にならないとの指摘がなされている(前田庸「銀行預金に対する差押と銀行のなす相殺との関係について」立教法学八号(昭和四一年)一二九頁)。しかし、後述するように、当然消滅主義のもとでは相殺適状によって債務消滅効が生じ、その後の関与第三者には相殺の対抗というよりは相殺によって生じた債務消滅の効果を対抗するのであり、適状以前に関与した第三者に対してのみ相殺を対抗できるかどうかが問題となる。これに対し、意思表示による相殺では、相殺適状が生じた後であっても、その意思表示がなされる前ならば債務消滅効が生じない。その間に関与した第三者に相殺を対抗できるかどうかがまずもって問題となるのである。すなわち、相殺可能性をもって相殺を対抗することができるとの結論を導く必要性にまず直面するのである。これを認めるための理論的根拠として相殺権という觀念が承認され、その延長線上で相殺適状前の相殺の対抗が論じられてきた。つまり、相殺権の発生が適状前に認められてきたのである。そうすると、同じく意思表示による相殺を採用し、しかも相殺適状後に現れた第三者に対して相殺を対抗することが当然視されている日本法においては、参照すべきはやはりドイツ法ということになる。

なお、ドイツにおける相殺の第三者効、とくに期待権保護による相殺の適用場面に関してはすでに別稿で紹介した(拙稿「相殺の期待保護——ドイツにおける判例学説について——」獨協法学三九号(平成六年)一一一頁)。

二 日本法における相殺の第三者効に関する史的素描

(一) 立法段階

(1) 旧民法の立場

旧民法においては一定の要件のもと相殺適状によって両債権は当然消滅するものと規定されていた（旧民法財産編五二〇条）。このようなフランス民法の流れをくむ旧民法においては、債権譲渡・差押との関係においてもフランス民法と同様の規定がおかれていた。旧民法財産編五二七条一項では、「債権ノ譲受人カ其譲受ヲ債務者ニ告知シタルノミニテハ債務者ハ譲渡人ニ対シテ従来有セル法律上ノ相殺ヲ以テ譲受人ニ対抗スルノ権利ヲ失ハス」と規定し、同五二八条一項は「払渡差押ヲ受ケタル債務者ハ自己ノ債権者ニ対シテ差押後ニ取得シタル債権ノ相殺ヲ以テ差押人ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定し、それぞれフランス民法一二九五条・一二九八条と対応している。

この点、ボアソナードは以下のように説明している。¹⁴⁾ そもそも当然消滅主義により、両債権は相殺適状によって消滅する。しかし、この相殺は、明示ないし黙示に放棄することができる。債権譲渡が行われた場合、債務者が自己の権利を留保しないで承諾した場合は黙示の放棄となり、もはや譲受人に相殺を對抗することができなくなる。これに対し、譲渡の通知のみがなされた場合、それ以前に生じた相殺を對抗する権利は剝奪されない。債権譲渡という譲渡人と譲受人の合意によって、第三者（この場合は譲渡債権の債務者）の有する既得権を剝奪することができないとする原則があるからである。しかし、譲渡通知がなされた後に相殺が生じたのであれば、債務者はもはや譲渡人と相殺の原因を構成しない以上、譲受人にも相殺を主張することはできない。

差押の場合、¹⁵⁾ それによって債権の利益が第三者に移転し、その決定が送達されることによって第三債務者は差押債務者に有効に弁済することができなくなることからすれば、債権譲渡の場合と同様である。そうすると、その送達後には差押債務者と相殺の原因をもちや構成しないことになる。それゆえ、差押決定の送達後に相殺が生じても、差押債権者に相殺を對抗できなくなる。これに対し、それ以前に相殺が生じていれば、取得した権利は奪われなくてはならないとの原則に基づいて相殺することができるのである。

このことからすると、ボアソナードは、相殺の第三者効に関して次のように考えていたと思われる。①合意が第三者の既得権を奪ってはならないとの原則から、債権譲渡が行われても債務者は既に生じていた相殺を對抗することができ。これに対して、②譲渡の通知後はもはや譲渡人と関係を結ぶことはできないことから、それ以後に生じた譲渡人との相殺はこれを譲受人に對抗することはできない。③債権譲渡と目的・手段が同じことから差押も同様に解することになる。そうして、④ここで述べられている相殺の主張とは、相殺適状により既に債務が消滅したとの主張であろう。フランス民法一三一五条は、相殺適状によって消滅したはずの債権の一方が請求された場合、その請求に対抗するために相殺によって消滅した債権を主張しなければならないと規定する。このことからすれば、ボアソナードも同じ意味で用いていたと考えられるのである。⁽¹⁶⁾

また、相殺が当事者の便宜のために認められたものである以上、第三者への影響を極力押さえようとの趣旨が汲み取れるのであり、ここから「相殺が第三者の権利を害せず」との原則が承認されていることを推知できるのである。⁽¹⁷⁾このことから、旧民法では、フランス民法、ボアソナードの見解に基づいて、相殺の第三者効が狭く解されていたと考えられ、しかもすでに生じた相殺による債務消滅効を對抗することができるというほどの意味しかないと考えられる。

(2) 現行民法の立場

現行民法四六八条は、このような旧民法草案五二七条と同三四七条の規定を「合セマシタルモノト殆ド其趣意ヲ同ジフ致シテ居リマス」との梅委員の説明が、⁽¹⁸⁾同五一一条は旧民法草案五二八条一項の「文字ハ幾ラカ改メマシタガ其實質ハ元ノ儘デアリマス」との穂積委員の説明が、⁽¹⁹⁾それぞれ法典調査会でなされている。そこにおいては、相

殺の第三者効に関してとくに議論されていない。同五一一条に関しても、専ら相殺が第三者の権利を害してはならない、つまり、差押債権者の権利を害せないということが強調された説明がなされているにすぎない。ただし、条文の形態はほぼドイツ法と同じようになった²⁰。しかし、これにより直ちにフランス民法からドイツ民法の考え方に移行したと即断することはできない。確かに相殺の行使方法が当事者の意思表示によるとして旧民法を修正し、ドイツ法の立場に立つことになったとはいえ、こと第三者効に関してはその態度が明確であるとはいえない。ドイツ法においては、債権譲渡が行われた場合に債務者は譲受人に抗弁を対抗し得る旨の原則規定（BGB四〇四条）をおくとともに、とくに相殺に関しては、譲渡通知時点で自働債権が発生しており、しかもその後に来する自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも遅れない場合には、譲受人に相殺を対抗できるとする規定（同四〇六条）がおかれている。ここにおいて、相殺可能性が明文をもって保護されているのである。これに対し、日本法の規定では、相殺可能性が保護されるのかどうかは問題視されていなかったようである。相殺が譲受人や差押債権者に対抗することができる抗弁事由に含まれる点では一致しているようであるが、それでは譲渡・差押前に取得した債権であれば相殺は可能かという点になると、明確な解答は用意されていなかったのである。あるいは、穂積委員の説明通り、フランス民法・旧民法のように相殺の第三者効を狭く解し、相殺適状の場合にのみ第三者に対して相殺を主張することを認める趣旨であったのかもしれない。しかし、仮にそうだとすると、ここで重大な問題が見逃されたことになる。相殺は相殺適状によって当然生ずるものではなく、当事者の意思表示によってなされることになった。これにより、相殺適状の意味が変わることになる。当然消滅主義のもとでは、相殺適状は債務消滅効を生ずるものであるが、意思表示による相殺では、相殺適状からそのような効果が直ちに生ずるものではなく、相殺する権利を発生させるにすぎないのである。仮にこの両者を同じく「相殺適状」という言葉をもって同視したとすれ

ば、それは「相殺がなされたことを対抗する」ということと、「相殺しうべきことを対抗する」ということを同視するものであり、一足飛びに相殺可能性による第三者効が認められることになってしまふのである。⁽²¹⁾

(3) 立法後の学説

立法後においても、相殺の第三者効が認められる根拠・要件についてはあまり議論されていない。起草者の一人である梅博士は、債権譲渡の場合、譲渡通知時点で相殺適状になければならないとされる。すなわち、譲渡を認識した後であっても、自働債権の弁済期が先に到来する関係になれば、その時点で相殺適状にある必要はないとするドイツ民法四〇六条は「成ルベク債務者ノ利益ヲ害セナイコトヲ力メタモノデアルガ、我民法ハ之ヲ採用シナカッタノデアル」。債権譲渡後に自働債権を取得した場合には相殺することができないとすることではドイツ民法も同じであることからすれば、結局のところ債権譲渡によって債務者は害されることになる。「然ラバ獨逸民法ノ規定ハ所謂五十歩百歩ノ議論ニ拠ッタモノデ、・・・寧ロ一刀両断ニ、譲渡ヲ以テ債務者ニ対抗スルコトヲ得ル時マデニ相殺ノ条件ガ具備シテ居レバ、之ヲ許スモノトシ、然ラズバ之ヲ許サヌモノトシタ方ガ簡明デ善カラウト思フ」とされたのである。⁽²²⁾

しかし、相殺の第三者効を認める根拠付けについてはあまり注意が払われておらず、債権譲渡にあっては債務者保護、差押にあっては支払禁止の効力が僅かに述べられているにすぎない。しかも、なぜ相殺適状でなければならぬのか、相殺適状をどのように捉えるのかということについては明言されていない。

岡松博士も、相殺適状にあれば差押債権者に相殺を対抗することができると明言される。「何トナレハ相殺ハ二個ノ債務カ相殺ニ適スルトキニ遡リテ効力ヲ生スヘキモノナルカ故ニ仮令其意思表示ハ差押ノ後ニ於テ之ヲ為スモ

其効力ニ至テハ支払差止以前ニ於テ相殺ヲ為シタルト同シク從テ支払差止ニ關係ヲ有セス毫モ差押債権者ノ利害ヲ害スルコトナカルヘケレバナリ。〔故ニ仮令差押以前ニ於テ取得シタル債権ト雖モ其以前ニ於テ即ニ相殺ニ適シタルモノニ非サレハ差押後ニ於テ取得シタル債権ト同シク之ヲ以テ相殺ノ用ニ供シ差押債権者ニ對抗スルコト能ハサルヘシ〕⁽²³⁾。〕⁽²⁴⁾でも、やはり、差押の効力の限界が述べられているに止まっているが、梅博士と異なり、相殺の遡及効から理由付けがなされている点にその特徴がみられる。⁽²⁴⁾これに対し、債権譲渡においては、譲受人は譲渡人と同一の地位に立つことから相殺等が認められるとされるが、その要件に関しては論及されていない。⁽²⁵⁾これは、差押の場合の理由付けが債権譲渡に適用されないと考えられてのことだろうか。すなわち、差押の場合には被差押債権が依然として差押債務者のもとにあるのに対し、債権譲渡では被譲渡債権の帰属変更により相互対立性が欠如することになり、積極的に相殺の第三者効を理由付けなければならないからである。それゆえ、債権譲渡では明確な記述を避けたとの推測も成り立つのである。

土方博士も、差押によって弁済が禁止される以上相殺もなし得ないとし、差押時点での相殺適状を要求される。差押後に相殺適状が生ずる場合、差押債務者は自己の債権の弁済期まで差押債権者が権利行使しなければ相殺できるといふ単なる希望を有しているにすぎず、これは保護されないとして、ドイツ民法を否定的に解されている。⁽²⁶⁾

（4）まとめ

日本民法が制定された時点で、相殺の第三者効はあまり意識されていなかったようである。あるいは、フランス民法・旧民法と同様に、相殺の第三者効を狭く解し、相殺適状を要件として、この限りでこれを認めようとしていたのかもしれない。そのためか、初期の学説は、相殺適状があれば相殺を對抗できるとしているのであるが、梅博

士は法律関係の簡明さから、岡松博士は相殺の遡及効からの理由付けがなされている。相殺の第三者効が認められる根拠に関しては、梅博士は、譲渡通知があるにすぎない場合には譲渡契約に債務者が関与したとはいえず、それゆえ譲渡人と譲受人の二当事者の合意によって第三者である債務者を害してはならないとする債務者保護論から導かれ、それは土方博士も同様である。岡松博士も、差押時点で相殺適状にあれば相殺を對抗しても差押債権者を害することはないということを相殺の第三者効の根拠付けにしていることからすれば、五十一条は差押債権者の保護規定であるとの理解の上で、両者の調和をはかったものといえるが、債権譲渡における記述においては、債務者が意外の損失を蒙らないようにするために相殺が認められるとされ、債権譲渡における債務者保護論が述べられているにすぎない。このことからすれば、第三者に対して相殺を對抗できる場合についてはいまだ明確な理論構成がなされておらず、しかも意思表示による相殺になったことにより相殺適状の意味が変化したことについても明確に認識されていなかったと評しえよう。すなわち、当然消滅主義では相殺適状によって債権の消滅効が生ずるが、意思表示による相殺においては、その意思表示がなされない限りたとえ相殺適状にあったとしても相殺の効果は生じないのである。それにもかかわらず、相殺適状によって第三者効が生ずるとすれば、相殺の効果発生前の「相殺しうること」が保護されることになる。一足飛びに相殺の第三者効が肯定され、相殺可能性が保護されることになってしまったのである。

注

(14) ボアソナード起稿『再閣修正民法草案註釈第二編第二部』九二四頁以下。

(15) ボアソナード・前掲注(14)九二七頁以下。

(16) すでに、深谷格「相殺の構造と機能(四)・完——フランス法を中心として——」名古屋大学法政論集一二七号（平成三年）四〇四頁が指摘しているところである。

(17) ところで、同じく旧民法財産編三四七条二項では、債権譲渡が行われ、その旨の通知がなされたにすぎない場合には、債務者はその通知前に生じていた抗弁をもって譲受人に対抗することができると規定されていた。したがって、その抗弁事由の中には債務消滅も含まれるはずであり、それが相殺による債務消滅であつても同じことのように思われるにかかわらず、なにゆえに五二七条の規定がおかれていたのかという疑問が生ずる。当然消滅主義であれば、相殺適状によって両債権は消滅したことになる、その後には債権譲渡が行われても、債務者は三四七条二項によって債務消滅を譲受人に主張しえるはずであり、五二七条の規定をおく必要はなかったのではないかと考えられるからである。

井上博士の注釈によれば、五二七条は「自己ノ債務ト既ニ行ハレタル法律上ノ相殺ヲ以テ譲受人ニ対抗シ之ニ弁済ヲ為ササルヲ得ルナリ」との趣旨であるが、これは三四七条二項が譲渡通知のみではその通知後に生じた抗弁のみを失わせる」と規定していることを裏面において示しているにすぎない。当然相殺のもとでは三四七条二項が適用されることを示しているにすぎないとされるのである（井上正一『民法正義 第拾四冊』（明治三十五年、新法註釈会出版）三一九頁以下）。

そうなると、五二七条はあまり重要な規定とはいえず、むしろ三四七条二項の繰り返しに終わっているかのである。むしろ、この規定は、歴史的意義を有していて、譲渡債権に付着する瑕疵とは考えられずらい自働債権の存在も、譲受人に対抗し得る抗弁であることを明示する意義のみを有しているとも考えられる（西村編・前掲注(11)三九六頁（明石三郎））。つまり、当然消滅主義を採用した場合、自働債権の存在を譲受人に対抗し得るとしても、それだけでは意味がないともいえる。相殺適状になればならないからであり、仮に相殺適状にあれば、相殺の抗弁とは債務消滅の抗弁と同じことになるからである。しかし、後に述べるように、プロイセン一般ラント法（ALR）にも同様の規定があり、これは相殺が抗弁の方法で主張されてきたという名残ともいえるのかも知れない。しかし、ここにフランス民法の相殺に対する基本的な視点が隠されていると考えられる。すなわち、確かに相殺適状という事実状態の発生によってなら人の行為なしに債権が消滅するものではあるが、しかし常に放棄が可能であつて、あるいはさらに積極的に放棄とみなすことによって相殺の発生を限定しようとする姿勢が伺い知れるのである（フランス法では、判例により、牽連性を媒介として相殺可能性が保護されてきたといわれている（山野目章夫「フランス法における動産売買のための担保（二・完）」東北大学法学四九卷三号

(昭和六〇年) 四六三頁以下、深谷格「相殺の構造と機能(三)」法政論集一三六号(平成三年) 三三五頁以下)。しかし、仮に両債権の弁済期の先後を問わないとしても、認められるのは破産や差押の場合に限定されているようであり、しかも「牽連性」の概念自体緩和されているとはいえず、やはり適用場面としては狭いものと思われる。

差押との関係を規定した五二八条は、——これは後に削除されたが——その二項で、差押時点ですでに相殺適状にあった場合であっても、一定の方式および期間内にその旨を述べない場合には相殺の利益を放棄したものとみなされると規定しており、このことから相殺を制限しようとすることが明らかである。

(18) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3 法典調査会民法議事速記録三』(昭和五九年、商事法務研究会) 五三八頁。

(19) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(18) 五九三頁。

(20) 鳥谷部茂「相殺の第三者効は、現状のままでよいか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望2 債権総論(2)』(平成三年、日本評論社) 三二八頁。

(21) なお、松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝國民法正解 第三編債権』(明治三〇年、有斐閣)によると、次のように説明されている。債権譲渡の通知がなされたにすぎない場合は「譲渡人ノ行為アルニ止マリ毫モ債務者ノ意思ヲ容レサルモノナル」ゆえに債務者は譲受人に対して相殺を主張することができる。しかし、通知後は「其債権ハ完全ニ譲受人ノ債権トナリテ譲受人ハ何人ニモ之ヲ對抗スルコトヲ得ルヲ以テ最早其債権ノ履行ニ関シテ譲渡人ト債務者トノ間ニ何等ノ事由ヲモ生スルコトナケレハナリ」という理由ゆえに、その後生じた相殺を對抗することはできない(同書四四二頁)。

差押と相殺に関しては、当然消滅主義から意思表示による相殺へ移行したにせよ、五〇五条の要件を備えれば相殺できることに對して、その相殺に供する債権が差押後であるならば、差押債権者の保護のために相殺を禁止するという「一個ノ例外」と考えるべきことになる。差押がなされても第三者は「法律上自己ノ有セル相殺ノ便益ヲ当然奪取セラルヘキモノニ非サ」るのであるが、差押後に取得した債権で相殺して自己の債務を免れるとすると、法律が差押後にも相殺する權利を発生させ、支払をなしたと同一の結果を認めることになる。「之レカ為メニ差押債権者ノ為シタル支払ノ差止ハ其後ニ発生シタル第三債務者ノ相殺ノ權利ニ因リテ全ク無益ニ帰シ法律カ債権者ノ正当ナル利益ヲ保護スル為メ第三債務者ニ對スル支払差止ノ方法ヲ認メタル立法ノ本旨ニ悖ル」のみならず、差押債務者と第三債務者の間の共謀によって債権を作り

だし、これをもって相殺することにより差押債権者を害するということが起こってしまう。「即ち本条ハ旧民法財産編第五百二十八条第一項ノ如ク支払ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ自己ノ債権者ニ対シテ支払差止後ニ取得シタル債権ニ依リ此者ノ差押ヘラレタル債権ト相殺ヲ為シタルコトヲ以テ差押債権者ニ對抗スルコトヲ得ストシ相殺ノ便法ヲ利用シテ濫リニ第三者ノ利益ヲ害スルコト勿カラシムル所以」なのである（同書七〇九頁以下）。

このことからして、債権譲渡の通知がなされにすぎない場合は、債権譲渡に関与していない債務者の権利を剥奪してはならないということから相殺の対抗力が認められ、差押に関しては、たとえ差押がなされても相殺することができはすであるが、それでは差押債権者を害することがあるので、一定の場合に相殺の対抗力を認めないこととしたことになる。

(22) 梅謙次郎「債権債務ノ承継ヲ論ズ」法学志林一一巻四号（明治四二年）四四頁以下。なお、梅博士は、当初、差押に関しては相殺適状を不要とされていた（梅謙次郎講述『民法原理（債権総論）』（明治三三年度講義録、和仏法律学校）八一二頁）。

(23) 岡松参太郎『註釈民法理由債権編』（明治三〇年、有斐閣）三三三頁以下。

(24) 現在においても、相殺適状後に現れた第三者に対して相殺を對抗できるとすることを遡及効から理由付けるものとしては、吉原省三「民法五一一条をめぐる諸問題」司法研修所報三二二号（昭和三九年）一四七頁（『銀行取引法の諸問題』（昭和四八年、金融財政事情研究会）所収）、山本進一「判批」民法の判例（昭和四二年）一三四頁以下、好美清光「銀行預金の差押と相殺」判タ二五五号（昭和四六年）五頁、石井・前掲注（7）五八頁、同「相殺をめぐる諸問題」手研二四七号（昭和五一年）五九頁、などがある。

なお、ドイツ法においても、差押の事例に関してではあるが、相殺に遡及効があることから説明するものとして Rocholl, C., Vorschläge zur Abänderung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches in Form eines Gegen=Entwurfes mit kurzer Begründung, I. Buch, Allgemeiner Theil, Breslau 1890, S. 117, があつた。批判は von びつ（Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, Jherb. 32 (1893), S. 192ff.）。

(25) 岡松・前掲注(23) 二三〇頁以下。

(26) 土方寧『日本債権法講義 下』(大正二年及明治四三年度(東大) 土方博士講述(以騰寫版懷筆寫)) 一二二頁以下。

(二) 戦前の判例⁽²⁷⁾

当然消滅主義から意思表示による相殺が採用されたことにより、相殺適状によって当然に債務消滅効が生じない以上、相殺適状後に債権譲渡が行われたとしても、債務者が譲受人に相殺を対抗できるかは問題である。しかも、相殺を行うためには相殺の意思表示の時点で相殺適状になければならないが、債権が譲渡されることによって相互対立性の要件が欠如することにもなる。判例は、このような問題が存するにもかかわらず、当然のごとく相殺の主張を認めた。

(1) 地位承継論

〔判例①〕大判明治三五年七月三日民録八輯七卷一四頁

自働債権の弁済期はすでに到来していたが、受働債権の弁済期が譲渡通知時点で未到来であった事例で、相殺を認めた原審を破棄するにあたり次のように判示した。

四六八条二項により譲受人に対抗できる「生シタル事由」とは、それが相殺の場合、「債権譲渡ノ通知ヲ受クル前ニ於テ民法第五百五条第一項ニ規定スル如ク相殺ヲ為スニ適スル債務カ相互ノ間ニ存シ其意思ノ表示アルトキハ相殺ニ因ル債権消滅ノ結果ヲ生スヘキ如キ場合アルコトヲ要ス而シテ債権譲渡ノ通知前相殺ニ適スル債権対立スルト

キハ当時既に相殺ノ意思表示ヲ為シタルコトヲ要セサルヤ言フ俟タサル」とした上で、「債権譲受人ハ其譲渡人ノ権利ヲ承継スル者ニ過キサルニ因リ譲受ケタル債権ニ付キ既に存在セル抗弁事由ヲ對抗セラルヘキハ固ヨリ当然ニシテ敢テ不服ヲ唱フヘキ正當ノ理由ヲ有」しないが、本件は受働債権の弁済期が未到来なのであるから相殺を對抗することはできないとした。

本判決は、譲渡通知時点ですでに相殺の意思表示がなされていた場合は勿論のこと、その意思表示がなされていないくとも、相殺適状にありさえすれば譲受人に對抗することができると初めて明言したものである。その理由付けとして、譲受人が譲渡人の権利を承継するにすぎないものであることから、譲渡通知時点ですでに生じていた抗弁事由を對抗されるのは当然であるということが挙げられている⁽²⁸⁾。

このことからすれば、まず、一方債権が差押・転付された場合には、転付債権者は転付命令の債務者の地位に立つものであるから、その者が對抗される抗弁事由はすべて転付債権者も甘受しなければならないこと、このことから当然に、債権譲渡の譲受人も譲渡人に対して生じた事由を對抗される関係にあることが導き出されることになるのである。譲渡人が相殺を對抗される関係にあれば、譲受人もそのような関係になることからすれば、譲渡の通知時点で相殺適状になればならないことは当然の帰結となるのである。譲渡人の地位に譲受人が立つと解するならば、譲渡通知時点で譲渡人の地位がいかなるものかが重要となる。譲渡人が相殺を對抗される関係にあるのはその時点で相殺適状にある場合に限られることからすれば、その地位に立つ譲受人も相殺適状にあった場合にのみ相殺を對抗されることになるのである。これと反対に、譲渡通知時点で相殺適状になれば、その時点で譲渡人は相殺を對抗されないのであるから、譲受人も同様に相殺を對抗されないということが導かれるのである。

(2) 相殺権構成(四六八条二項の抗弁事由)

このような地位承継論からの理由付けに対し、相殺の特殊性を指摘する下級審が現れた。

〔判例②〕大阪控訴院明治三七年一月一九日新聞二五五号四頁

債権譲渡の通知がなされた時点で譲渡債権(受働債権)の弁済期が到来しておらず、いずれにしても相殺適状になれば相殺を對抗できないとして相殺を否定される事例であったが、控訴院は、四六八条二項の對抗事由とは「譲渡人の請求権自体に付発生したる異議の原因を指すものにして譲渡人に対し債権を有せし事の如きは固より此に属せざる」ことを理由として相殺を認めなかった。

そもそも相殺という、譲渡債権自体に付着する抗弁ではなく、自働債権の存在という譲渡債権とは別個独立したものである影響を認めることに對する批判として本判決は現れた。²⁹⁾これはまた、地位承継という観点から見れば、それは義務をも承継するものではないとする原則からの批判とも理解することができる。しかし、上告審(大判明治三八年三月一六日民録一一輯七卷三六七頁)は、「原院カ・・・同条ノ事由ヲ請求権其物ヨリ発生シタル異議ノ原因ニ限ルモノトシ相殺ノ原因ヲ以テ之ニ属セサルモノト為シタルニ非シテ譲渡ニ係ル債権ニ関シ譲渡人ニ對シテ生シタル異議ノ原因ヲ指スモノトシ譲渡人ニ對シテ債権ヲ有スルモ譲渡通知前未タ相殺ノ原因タラサリシモノハ之ニ属セストシタルノ趣旨」であると述べて、本件では受働債権の弁済期が未だ到来していない以上は四六八条二項の事由にあたらないとして、相殺の抗弁を認めなかった原審判断を正当とした。

これにより、相殺を譲受人に對抗することができるのは相殺が四六八条二項の抗弁事由にあたるからであり、さらにその抗弁事由となるためには相殺適状になければならないことが明確となった。すなわち、譲受人に抗弁を対

抗できるのは四六八条二項があるからであり、それは譲渡債権自体に付着した抗弁のみならず、それに関して譲渡人に対抗しうる事由をも含むものである。相殺もこの抗弁事由に含まれるのであるが、そのためには相殺適状になければならないとする。相殺適状によって生ずる相殺権という觀念を認め、これが四六八条二項の抗弁に含まれ、譲渡債権に影響を与える事由ということになるのである。⁽³⁰⁾

このようにして、相殺の第三者効を、譲渡人の地位に譲受人が立つとする地位承継論からのみ理解するのではなく、権利移転によっても抗弁が継承されるということによって認められることになった。これは、同一のことを譲受人側からみるか、債務者側からみるかという視点の違いに止まらない。譲受人が抗弁を対抗される状態にあったかどうかという観点から、そもそも承継された権利自体に抗弁が付着していたかどうかが問題とされるようになったのである。そして、相殺権という觀念が承認され、これが抗弁権の中に取り込まれたことを意味するのである。すなわち、権利に付着する抗弁とは相殺することができるとの觀念である。そこで、相殺する権利は相殺適状によって発生するものであることから、譲渡通知時点で相殺適状になればならないとされることになるのである。結局、四六八条二項で譲受人に対抗できる「生シタル事由」とは、五〇五条によって相殺することができる状態、相殺権が発生した場合に限られるということになる。

しかも、相殺適状とは両債権とも弁済期が到来している場合であって、譲渡通知時点で両債権とも弁済期にない場合は勿論のこと、⁽³¹⁾ いずれか一方の債権の弁済期が未到来の場合にもこの理は適用され、⁽³²⁾ 受働債権の弁済期は未到来であるが、自働債権の弁済期はすでに到来している場合についても、判例は一貫してこれを否定していたのであった。⁽³³⁾ この場合に問題となる受働債権についての期限の利益の放棄に関しては次のように述べている。

〔判例③〕 大判大正元年一月八日民録一八輯九五頁

期限の利益を放棄して弁済することができるといっても、弁済期はその利益を放棄した時点である。相殺の意思表示をしたということは期限の利益を放棄したとみることもできるが、だからといって譲渡通知前にその放棄がなされたとはみなすことはできない。「蓋相殺ノ意思表示ハ既往ニ遡リテ其効力ヲ生スルモ期限ノ利益ノ放棄ハ斯ノ如キ遡及効ヲ有セサルヲ以テ弁済期ニ在ラサル債務ハ譲渡ノ通知アルマテニ期限ノ利益放棄ノ事実アルニ非サレハ未タ相殺ニ適セサルモノト謂ハサルヲ得サルナリ」。

〔判例④〕 大判大正三年二月四日民録二〇輯一〇一頁

「債務者カ民法第四百六十八条第二項ニ依リ譲渡人ニ対スル債権ヲ以テ譲受人ニ対スル自己ノ債務ト相殺ヲ為スニハ債権譲渡ノ通知ヲ受クル迄ニ双方ノ債務カ相殺ニ適シタルコトヲ要シ双方ノ債務カ相殺ニ適スルハ各弁済期ニ在ルコトヲ要スルハ同第五百五条第一項ニ依リ明カニシテ債権譲渡ノ通知ヲ受クル迄ニ債務者カ単ニ期限到来セハ若クハ期限ノ利益ヲ放棄セハ相殺ヲ為スコトヲ得ヘカリシ状態ニ在ルヲ以テ足レルモノニ非ス從テ債務者カスル債務ノ相殺ヲ以テ譲受人ニ対抗スルコトヲ得サレハトテ債務者ノ相殺権ヲ奪フモノト謂フコトヲ得サルナリ」。

これらの一連の判例から窺い知り得るのは、五〇五条の相殺適状によって相殺する権利、相殺権が発生し、これが譲渡債権に付着したまま移転する。このことを四六八条二項が規定していることになるとするのである。したがって、期限の利益を放棄して相殺することが仮に可能であっても、その状態からは直ちに相殺権が発生するものではなく、期限の利益を実際に放棄してはじめて相殺権が発生することになる。

このように、相殺権の発生を厳格に解していたのであるが、昭和に入つてついに受働債権の弁済期が到来していることを不要とする判例が出現するに至つた。⁽³⁴⁾

〔判例⑤〕大判昭和八年五月三〇日民集一二卷一四号一三八一頁

債権譲渡の通知時点で自働債権の弁済期は到来していたが、受働債権の弁済期が未到来であつた事例で、「相殺適状ニ在ルカ為ニハ反対債権ハ已ニ弁済期ニ在ルコトヲ必要トスルハ論無キモ主債権ニ付キテハ之ヲ必要トセス債務者ニ於テ即時ニ其ノ弁済ヲ為スノ権利アル以上期限放棄ノ意思表示ハ現ニ之ヲ為サストモ債務者ハ直チニ相殺ヲ為スヲ妨ケサルモノトス」として、受働債権の弁済期が未到来であつても相殺することができるとした。

これは、おそらく相殺適状の理解についての当時の学説の影響を受けたものであると思われるが、従来大審院はいくつかの理論構成を採りつつも、相殺権をもって譲受人に対抗できる抗弁と解していた。そして、この相殺権は五〇五条により、相殺適状によつてはじめて発生する。相殺適状というためには、当然消滅主義の影響もあつてか、両債権の弁済期が到来していなければならないとしていたのである。これに対して本判決は、相殺権を発生させる相殺適状とは自働債権の弁済期到来のみで足りるものである。いずれにあつても相殺権の発生は必要であることから、その意味で旧来の立場を変更したものとはいえないことになり、それゆえ連合部判決によらなかつたとも考えられるのである。⁽³⁵⁾

(3) まとめ

大審院時代、相殺の第三者効を認める理由付けとして、地位承継論や抗弁権構成などがなされたが、いずれにあっても相殺適状が必要であった。それは、結局、第三者に対抗できるのは相殺権であり、その相殺権を発生させるためには相殺適状になければならないからである。そして、このことは、結果的には、対内的な相殺要件と対外的な相殺要件を同一視していたことになる。さらにまた、相殺適状によって債権消滅効が生ずる当然消滅主義の考えに傾斜していたとも評しうることになる。すでに述べたように、債権譲渡による相互対立性の欠如、意思表示による相殺主義への変更による相殺適状の意味の変化によって、相殺適状にあることによって直ちに第三者効が生ずるとすることは導けない。それにもかかわらず、相殺適状にあれば相殺を対抗できると考えるのは、あるいは「債権消滅ノ結果ヲ生スヘキ如キ場合」と述べ、相殺適状にあるということによって債権があたかも消滅しており、これを以て譲受人に対抗できるといふ趣旨を含むものとも考えられる。

また、相殺適状とは両債権とも弁済期が到来していることとすること自体も当然消滅主義的発想である。相殺適状が両債権の消滅をもたらし、しかも当事者の関与なしに当然に生ずることから、当然消滅主義では弁済期の到来が必然的に必要とされるのである。⁽³⁶⁾これに対して、意思表示による相殺においては、相殺適状は相殺することができる権利(＝相殺権)を発生させるにすぎないものである。しかも、当事者の一方の意思表示によって相殺が行われることからすれば、相殺することができるかどうかは両当事者それぞれについてみることになる。それゆえ、意思表示による相殺においては相殺することができることをもって相殺適状となし、各当事者ごとにそれぞれ検討されなければならないことになる。これを受けて昭和八年判決が出現したものと考えられるのであるが、いずれにしても相殺適状が必要であることに変わりはない。すなわち、弁済期に関しては、自働債権についてはこれが到来していなければならないにせよ、受働債権については、期限の利益を放棄できる場合にはこれをなして相殺することが

できるという状態も、相殺することができるということに含まれることになる。一方のみが相殺し得る状態、例えば実際に期限の利益を放棄すればそれによって相殺適状を生み出すことができる状態をも相殺適状と称して差支えないのである。⁽³⁷⁾ 意思表示による相殺は、このように各当事者の状況を考慮にいれなければならないことになるのである。⁽³⁸⁾

このようなことからすれば、この時点での判例は、当然消滅主義を無意識的に前提としつつも、地位承継論に依拠し、あるいは相殺権を譲渡債権に付着する抗弁と捉えていたと評しうるであらう。⁽³⁹⁾ さらに、梅博士や岡松博士といった当時の学説からの影響もあまり受けずに全く独自の見解を採用していたということにもなる。

注

(27) 判例の分析・整理に関して詳細なものとして、林良平『中務俊昌「担保的機能からみた相殺と仮処分」(昭和三十六年、有信堂)がある。しかし、そこでの分類は要件論からなされており、第三者効の理由付けからする本稿とは視点が異なる。

(28) これは、本判決に先立つ二つの判例との流れにおいても符合する。すなわち、大判明治三十一年二月八日民録四輯二巻一頁によると、第三債務者が自己の債権者に対する債権をもって転付債権者に対して相殺を對抗することができるとは、「転付ヲ受ケタル債権ト雖モ亦其債権者ノ權利ヲ承継シタルニ外ナラス即チ被承継者ノ地位ニ代リタル者ナレハ被承継者カ他ニ債務者ニ負フ所ノ債務アラハ仮令其転付債権ニ關係ヲ有スルモノニアラサルモ被承継者カ其相殺ノ請求ヲ拒ムヲ得サルト同シク承継者ニ於テモ其請求ニ応セサルヲ得ないからであるとする(なお、差押転付が債権譲渡と同じであるとするものとして、大判昭和三年九月一日日新聞二九〇七号一三頁、大判昭和八年九月八日民集一二巻二二二四頁、大判昭和一〇年五月三〇日民集一四巻九七〇頁、などがある)。また、大判明治三十四年二月二日民録七輯二巻九八頁によると、債権譲渡が行われ、債務者から譲渡人に対する債権をもって相殺がなされたが、その意思表示が譲受人に対してなされたものであるから無効であるとして譲受人が争った事例において、相殺の意思表示は譲受人に対するものであっても相殺の効

力は生ずるとした。その理由として、「債権ノ譲渡ハ債務者カ之ヲ承諾シタル場合ノ外譲渡人ニ対シテ生シタル事由ヲ譲受人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノトナルヲ以テ即チ上告人ニ対シテ為シタル相殺ノ意思表示ノ効力ハ上告人ニ於テ之ヲ受ケサル可カラサル筋合ナレハナリ」と述べる。

(29) 現在においても、このように自働債権の存在が、譲渡債権にとって外在的なものであることを明言されるのは、奥田昌道『債権総論(増補版)』(平成四年、悠々社)五七一頁。

(30) 実際、下級審ながらこの旨を明言する判決例として、東京控訴院判決(判決日不明)新聞二五九号一六頁がある。これは債権譲渡が行われた場合、債務者は相殺の意思表示を譲受人に対して為すべきであると判示したものであるが、債権譲渡が行われてもなお相殺を對抗することができるとにつき、以下のように述べている。「凡そ同種の目的を有し且弁済期に在る二個の債権が二人間に互いに存在し相殺を為すに適したる場合に其一方の債権が他人に譲渡せられたるときは其債権は相殺の對抗を受くべき状態の儘譲渡せられざるものと謂はざるべからず何となれば債務者は其譲渡の為め故なく相殺を為すの権利を喪失するの謂はれあらざればなり」。

(31) 大判明治四一年五月三〇日民録一四輯六三一頁、大判大正一五年一〇月二九日新聞二六三一号一二頁。

(32) 受働債権の弁済期は到来しているが、自働債権の弁済期未到来につき、大判明治四〇年七月八日民録一三輯七六九頁。

(33) 勿論、実際に期限の利益が放棄されれば、それにより弁済期が到来したことになり、相殺することは可能となる(大判昭和七年二月二〇日新聞三三八号一一頁)。

(34) ところで、このように相殺適状を厳格に解することにより、いかなる場合にも基準時における相殺適状が必要とされることになるのであるが、その例外を唯一認めたのは大正一五年七月二〇日民録五卷九号六三六頁である。これは取立のための債権譲渡を判例としてはじめて認めたものである。債権譲渡が行われた場合、当事者の意思解釈によるものとしつつも、それが不明の場合には原則として譲受人に自己の名をもって債権を行使する権能を与えたにすぎないとする。したがって、「譲受人力譲受ニ係ル債権ヲ行使スルニ当リテモ譲渡人ハ尙其債権ニ付処分権ヲ失ハサルモノナレハ債務者力譲渡ノ通知ヲ受ケタル後ト雖譲渡人ニ対シ相殺ヲ對抗シ得ヘキ事由ヲ生シタルトキハ譲受人ニ対シテモ之ニ依リ相殺ヲ主張シ得ヘキモノト解スヘシ」とした。この判例は、厳格な制限を回避するために「取立のための債権譲渡」という理論構成を持ち出したとも考えられる。その後この理論の進展とも合わせ考えると、先例的価値は非常に疑わしい。

また、相殺適状を嚴格に解することは、質権が設定された場合にも及ぼされている。大判大正七年一月二五民録二四輯二四三三頁は、「指名債権ヲ質権ノ目的ト為シタル場合ニ於テ第三債務者ニ対シ民法第四百六十七条ノ規定ニ則リ質権ノ設定アリタル旨ノ通知アリタルトキハ爾後質権者ハ其権利ヲ第三債務者ニ對抗スルコトヲ得ルノ筋合ナルヲ以テ第三債務者ハ右ノ通知マテニ質権設定者ニ対シテ生シタル事由ニ非サレハ之ヲ以テ質権者ニ對抗スルコトヲ得サルコト言ヲ待タス」第三債務者カ質権設定者ニ対シテ有スル債権ニシテ未タ弁済期ニ達セサルモノハ第三債務者カ質権設定ノ通知ヲ受クルマテニ期限ノ利益ヲ放棄シタル事実アルニ非サレハ相殺ニ適セサルモノナルヲ以テ第三債務者カ右債権ニ因リ其弁済期到来後ニ於テ為ス相殺ノ意思表示ハ第三債務者ノ質権設定者ニ対シ其質権ノ通知マテニ生シタル事由ニ属セサルコト固ヨリ当然ナリ」と述べる。

(35) 本判決をもつて、相殺しえた場合から相殺しうべかりし場合にも相殺の効力を拡大した点を捉え、相殺の担保的機能を認める判決への橋渡しをしたと評されている（好美・前掲注（24）五頁以下、石田喜久夫「差押と相殺」判例展望（ジュリ五〇〇号）（昭和四七年）一三九頁（『金融取引法の諸問題』（昭和五七年、成文堂）所収）など）。しかし、本文で述べた通り、それほど意味のあるものとは考えられない。相殺適状後に現れた第三者に対して、その意思表示前であっても相殺を對抗することができること自体、すでに相殺可能性を保護しているからである。

(36) 梅博士はこれとは違った理由付けのもとに両債権の弁済期到来を必要とされる。すなわち、期限の利益が債務者にある場合には債権者からの相殺は認められず、その利益が債権者にあれば債務者からの相殺が認められないというように、「期限ノ利益ハ……相手方ノ意思ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得サルナリ是レ双方ノ債務カ弁済期ニ在ルヲ必要トスル所以ナリ」とされる（梅・前掲注（22）『民法原理』七九〇頁）。ただし、後に改説されたようである（梅謙次郎『民法要義卷之三 債権編（大正元年復刻版）』（昭和五九年、有斐閣）三三二頁）。

(37) 相殺適状に二つの意味があることは、すでに指摘されている（河本一郎「判批」民商七四卷四号（昭和五一年）六九二頁、高木多喜男「相殺（下）」金法八二四号（昭和五二年）一一頁（改題「銀行取引における相殺の諸問題」『金融取引と担保』（昭和五五年、有斐閣）所収）。相殺することができるという意味での相殺要件としてのそれと、相殺の効果が遡及することによる効果発生時点としてのそれである。前者にとっては相殺する側（にのみ）着目すればよいことから、自働債権の弁済期のみが問題になるのに対し、後者にとっては、双方の債権の弁済期到来が必要となる。一方のみが相殺権を有し、これを行使

すれば、その時点が相殺適状時ということになるのである(石坂音四郎『日本民法第三編債権第五卷』(大正五年、有斐閣)一六二二頁以下)。

(38) この点をいち早く指摘されたのは、岡松参太郎「相殺論」内外論叢三卷一号(明治三七年)四七頁である。そしてこの考え方は通説を形成することになる(梅・前掲注(36)三三一頁、横田秀雄『債権総論』(大正二年、清水書店)九四七頁、石坂音四郎「弁済期前ノ債務ノ相殺」法協三四卷五号(大正五年)七九二頁以下、など)。

(39) ところで、戦前の判例において、相殺の第三者効が認められる理由付けとしては債権譲渡における債務者保護論も採用されている。大判昭和三年二月八日民集七卷二号六五頁は、相殺適状にあつた両債権がそれぞれ譲渡された後、一方債権が再び同一人に譲渡されたとしても、もはや相殺を對抗することはできないと判示したものであるが、そこでは次のように述べている。「債務者カ其通知ヲ受クル迄ニ譲渡人ニ対シ相殺ニ適シタル債権ヲ有シタルトキハ債務者ハ譲渡後ニ於テ譲受人ノ有スル債権ト右債権トヲ相殺シ得ルハ論ナキトコロナレトモ之レ債権譲渡ニ依リ債務者カ従来譲渡人ニ対シテ主張シ得ヘカリシ利益ヲ奪ヒ譲渡ノ為メ債務者ノ有スル地位ヲ不利シタルシムル結果ヲ防カントスルノ趣旨ニ過キサル」。

(三) 戦前の学説

(1) 水口説(期待保護説)

大正時代に入り、ドイツ法と同様の法理を展開されていったが水口博士であった⁽⁴⁰⁾。まずは、債権譲渡の通知前に相殺の意思表示がなされていた場合、債務者は譲受人に債務消滅を對抗できることは勿論のこと、相殺の意思表示がなされていなくともすでにその時点で相殺適状にあれば、相殺の「Rechtsgrund」(法的基礎)が生じていたことを理由に相殺を對抗することができる。さらに、その時点で相殺適状になくとも、「将来期限到来シタルトキ之ヲ以テ相殺シ得ヘキ确实ナル期待ヲ有スル」場合には相殺が認められる。これを認めないと債務者が債権譲渡によって

不利益を受けるし、狡猾な債権者が相殺権を剝奪するために債権を譲渡することが考えられ、これを防がなければならぬからである。ところで、この期待が確実というためには自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する関係になければならない。なぜなら、これが逆であれば、自己の債務を先に弁済しなければならない関係にあり、そもそも相殺することができなかったからであるとされる。

そうなると、水口博士の見解は、第三者関与時点での相殺適状の有無によって第三者効を導く根拠付けを区別され、相殺適状にあれば債務消滅という相殺の法的基礎がすでに生じていたことを理由とし、その時点で相殺適状になれば、自働債権の弁済期が先に到来するという関係から生ずる相殺の確実な期待を保護するために、第三者効が認められるとされるのである。このような多元的説明は、しかもドイツ法と同様に時的制限を加えて行うことは、⁽⁴⁾相殺適状から生ずる相殺権と明確に分けた上で、相殺の期待を位置付けるものである。しかし、通説はこれに
 応接していない。

（２） 債務者保護論（通説）

石坂博士は次のように述べられる。債務者が譲受人に相殺を對抗することができるのは、債権譲渡によって債務者に不利益を与えてはならないとする原則から認められるのである。そもそも相殺しようとする目的があるからこそ、二つの債権が対立するという状況が生ずるのであり、例えば既に債務を負っているから債権を取得したり、それとは反対に既に債権を有しているから債務を負担するということがよく行われる。このような状況のもとにあるにもかかわらず、債権譲渡が行われ、相互対立性の欠如のゆえに相殺ができなくなるとすると「債務者二大ナル不利益ヲ蒙ラシムル結果トナル」。そこで、債務者にこのような不利益を与えないようにするため、相殺が認められる

ことになったのであるが、その要件としては、債務者は譲渡通知時点で「債権ヲ取得スルヲ以テ足り其債権カ既ニ弁済期ニ在ルコトヲ要セス相殺ヲ為ス当時ニ弁済期到来セルヲ以テ足ル」とされる⁽⁴²⁾。このような債権譲渡との関係についての説明に対し、差押についてはより積極的に債務者の相殺に対する期待に基づく説明がなされている。差押後の相殺を禁止することは「債務者ニ対シテ酷ナリ蓋第三債務者ハ既ニ差押ノ時マテニ取得セル自己ノ反対債権ニ依リテ相殺ヲ為シ以テ債務ヲ免ルヘキ希望ヲ有スル場合アリ然ルニ此場合ニ於テモ差押ノ為メニ相殺ヲ為スコトヲ得サルモノトスハ不当ヲ得タルモノト言フヲ得ス」。このように、差押によっても相殺を對抗することができるのは、債務者の相殺に対する希望を害してはならないことだとすると、「送達ニ至ルマテニ債権ヲ取得セルヲ以テ足ル必シモ債権ハ其時期マテニ弁済期ニ達スルコトヲ要セス」ということになる⁽⁴³⁾とされる。

石坂博士によれば、債権譲渡にあつては債務者保護の原則から、差押にあつては第三債務者の相殺の期待を保護することから、相殺が認められることになるのではあるが、いずれにしてもそこで保護されるのは相殺するという当事者の期待であることになる。これが、債権譲渡にあつては、相互対立性の欠如が生じて相殺をなしうるという根拠を債務者保護論に求め、そこに相殺の期待を含ませるのに対し、相殺の要件たる相互対立性が欠如することのない差押にあつては、相殺の期待が直接的に用いられるのである。そして、債務者に不利益を与えてはならないということからすれば、厳格に抗弁事由に限るのではなく、譲渡時点での債務者の状態が広く含まれ、そこに相殺の期待が含まれることになるのである。結局、相殺権を中心として、債権譲渡によってこれを奪つてはならないとするのは債務者保護から導き出され、債権譲渡によって相互対立性が欠如することを意識された上で差押との理由付けを区別されているのである。これは、相殺権が債権対立によって発生し、その後の債権譲渡・差押によっても消失するものではないと考えられているといえよう。

川名博士は次のように述べられている。債権譲渡は主体の変更であつて債権は同一性を維持し続ける結果、債務者を不利な地位に立たしめてはならない。そのために、債務者は、譲渡人の請求を否認する一切の事由を譲受人に對抗することができることになる。ここでの抗弁事由には、譲渡人に対して有する債権を利用して相殺することまでも含まれる。この場合、譲渡通知を受けるまでに債権を取得していれば、「未タ相殺ニ適セサルモノト雖モ通知後相殺ニ適シタルトキニ於テ新債権者ニ対シ其債権ヲ相殺ニ利用スルコトヲ得」るのである。⁽⁴⁵⁾差押にあつては、差押がその時点で第三債務者の地位を不利に変更するものではないから、差押前に債権を取得してさえいれば差押後に相殺を對抗することができる。⁽⁴⁶⁾

このような川名博士の説明は、債権譲渡との関係では石坂博士と同じである。そして、相殺権という権利を肯認されているが、これはそもそも相殺適状によつて生ずるものとされている。すなわち、債務者の相殺権が債権譲渡によつても消滅するものではないから譲受人に対して相殺できるとされているのである。そうなると第三者関与時点で相殺適状になれば相殺権が生じておらず、第三者に相殺を主張することはできないはずである。それにもかかわらず、相殺適状を不要とするならば、それ以前にすでに相殺権が発生したとも考えられるのであるが、この点の説明はなされず、債務者保護論のみが挙げられているにすぎない。また、差押との関係では、石坂博士が相殺に対する期待保護を展開されているのに対し、川名博士は差押の効力が相殺を禁ずるものではないとする差押の効力からの説明がなされているにすぎない。ただ、この違いは、第三債務者の地位の保護ということから述べられているため、そこに債権譲渡における債務者保護論との等質性がみられることになる。

磯谷博士も、相殺権が四六八条二項の抗弁事由に含まれるのは疑いなしとし、その要件として譲渡通知時点で自働債権が取得されてさえいればよいとする理由付の中で、債務者に不利益を与えてはならないこと、債権が対立す

るといふ状態は相殺するとの期待がすでにあつたこと、相殺を回避する目的で債権譲渡が行われることを防止するため、という理由を挙げられている。⁽⁴⁷⁾ところが、受働債権の弁済期が先に到来し、自働債権のそれがいまだ到来していない状態では相殺はもろんできないとしてドイツ民法・スイス債務法を挙げられている。⁽⁴⁸⁾これが、そのような関係であれば絶対に相殺を認めないとする趣旨なのか、受働債権の取立が遅延するなどしてその後相殺適状に至つた場合には相殺を許す趣旨なのかは不明である。相殺権行使の要件と、第三者関与時点で必要とされる要件との混乱がみられるのである。しかし、いずれにしても、ここでも「相殺権」がいつから発生するのかについては触れられていない。

このようにして、「相殺権」という觀念を認め、債権譲渡が行われてもこれを保護するために四六八条二項がある、すなわち、債権譲渡によつて債務者の立場を不利にさせてはならないことからすれば、債務者の有する相殺権も奪つてはならないとし、したがつて第三者関与時点で弁済期が到来している必要はないとする考え方が以後通説を形成していくことになる。⁽⁴⁹⁾しかし、そこで保護されるべき相殺権がいつから発生するかについては明確にされていない。

(3) 鳩山説(担保機能保護説)

相殺適状によつてのみ相殺権が発生することを直視したのは鳩山博士であつた。しかし、博士は、相殺適状になくとも相殺を認めるにつき、現在の担保的機能論についての先覺的な論理を展開されたのであつた。まず、債権質に關してであるが、質入れされた債権と、第三債務者が質権設定者に対して有する債権とが質権設定時に相殺適状にあれば、第三債務者は相殺を對抗できる。「質権設定者ノ債権ハ第三債務者ノ相殺ニヨリテ消滅スヘキ債権ニシ

テ質権者ハ唯此ノ如キ瑕疵ヲ帶ヒタル債権ヲ取得スル」ことになるからであるとされる⁽⁵⁰⁾。これは、相殺権といわな
いまでも、相殺適状によって抗弁が発生すると捉える判例の一理論と符合する解釈である。しかし、さらにこの考
え方を発展され、債権譲渡に関しては次のように述べられている。四六八条二項によって相殺を譲受人に対抗でき
るのは、債務者保護から導かれるものであって、債権対立状態から相殺権が認められるというものではない。つま
り、本条の趣旨は「債権対立関係ニヨリ債務者が自己ノ債権ニ付テ恰モ担保ヲ有スルト同一ノ法律関係ニ在リタル
状態ヲ保存センガ為メニ法律ノ特ニ之ヲ認メタルモノト言ハザルベカラズ」とされるのである。担保視している状
態を保護するために相殺の第三者効が認められるとされたのであった。⁽⁵²⁾

このような担保視している状態の保護、現代に引き直せば、担保的機能を保護するために第三者効が認められる
とされたのは鳩山博士が最初のものであるが、これもあまり議論されないままになってしまった。

（４） 相殺権説

債権譲渡が行われても譲受人に対して相殺権を主張することができるということを理論的基礎に据える論述がそ
の後相次いだ。しかし、その相殺権の内容・発生時期に関して、あるいは相殺の期待との関係は論者によって若干
異なる。例えば、近藤Ⅱ柚木説では、相殺が四六八条二項に含まれるとの説明に債務者保護論を用いるものの、譲
渡通知時点で相殺適状にない場合、その時点ですでに自働債権の弁済期が到来していれば相殺しうべき権利が発生
している場合と同視でき、この状態を保護するために相殺を認め、いずれの債権も弁済期にない場合には、将来相
殺しうべき法律上の地位が保護されることから相殺を対抗できるとされる⁽⁵³⁾。

あるいは、相殺権が相殺適状によって生ずるということを厳格に解し、第三者関与時点で相殺適状が必要である

との主張もなされた。田島教授は、債権譲渡の場合でも、差押の場合でも、相殺適状にあれば相殺を主張することができるが、それは相殺適状によって自己の負担する債務から免れ、かつ自己の債権の満足を得られるとの期待権が生じ、それが保護されるからである。つまり、相殺の期待権は相殺適状によって生ずるのであり、この意味で相殺権が相殺適状によって⁽⁵⁾はじめて生ずるとされるのである。

このように、相殺権が保護されるゆえに第三者に対しても相殺を主張することができるならば、この相殺権は、通常は相殺適状によって生ずるものであることから、第三者関与時点で相殺適状になれば保護されるべき相殺権が発生していないことになる。同じく相殺権保護を唱えつつも、債権譲渡における債務者保護論だけで相殺適状前の状態を保護するとの結論を導き出す通説は、やはり説明不足との批判は免れないであろう。

（5） まとめ

この時代は相殺権を中心に第三者効が考えられていたが、その要件として債務者保護論により第三者関与時点での相殺適状を不要とする通説に対し、あくまで相殺権の発生が相殺適状によって生ずるものであることから、第三者効を認める要件も相殺適状が必要とする説、あるいは第三者効が相殺の期待によって認められているのであるから、その要件もその期待が合理的であると判断される自働債権の弁済期が先に到来する関係にあることを必要とする説、さらには担保している状態が保護されるとする説、に分かれていたことになる。すなわち、相殺権が相殺適状によって発生するということについては等しく認められていたのであるが、それを超えて相殺の期待までも保護されるとするか、その期待とはなにかについて見解が分かれていたのである。そして、その期待が自働債権の弁済期が先に到来する関係にあれば発生すると考えるか、債権対立という状況からすでに発生するか（この中には担保

視しているという状況も含まれる）、あるいは相殺適状によってその期待権が発生すると考えるのかという形で分類することができる。

判例と通説の違いに関しては、両者とも等しく、相殺権が四六八条二項の抗弁事由に含まれると考えていたにもかかわらず、相殺適状によってその相殺権が発生すると厳格に考える判例と、債務者保護の考え方からその相殺権を将来的なものまで含ませる通説が対立していたと理解される。すなわち、判例にあつては、債務者保護論が第三者効の根拠として用いられたが、学説ではその要件として考えられていたという違いが生ずるのである。

注

(40) 水口吉蔵「債権譲渡疑義二三（承前）」法学新報二五卷六号（大正四年）四四頁以下。

(41) 同旨、有泉亨「判例民事法解説昭和八年度一四四事件」（昭和八年、有斐閣）五三八頁以下。さらに、期待保護から時的制限を設ける考え方は、葉師寺志光「双方的不法行為と相殺」法曹界雑誌一三卷三号（昭和一〇年）二〇頁以下にも引き継がれているが、その分類はやや特殊である。

(42) 石坂晋四郎『日本民法第三編債権第四卷』（大正三年、有斐閣）一二五四頁以下。

(43) 石坂・前掲注(37) 一五七七頁。

(44) 石坂・前掲注(38) 七九六頁は、弁済期未到来であつても相殺しうるのは譲渡時点ですでに相殺権が発生しているからであると明確に説明されている。

(45) 川名兼四郎『債権法要論』（大正五年、金刺芳流堂）四六三頁以下。

(46) 川名兼四郎・前掲注(45)五六二頁。

(47) 磯谷幸次郎『債権法総論下巻』（大正八年・巖松堂）六二六頁以下。

(48) 磯谷・前掲注(47)六二八頁。

(49) 末広厳太郎『債権総論』三八五頁、我妻栄『債権総論』（昭和一五年、岩波書店）三七七頁、末川博「債権の譲渡と相殺

の対抗」『破毀判例研究 第一巻』(昭和四年、弘文堂書房) 二二二頁、など。

(50) 鳩山秀夫「債権質ト第三債務者ノ相殺」法学志林一九卷八号(大正六年) 三一頁。ただし、債権譲渡の場合には相殺適状不要との考えをその後打ち出されていることからすれば(同『改版増訂日本債権法』(昭和二年、岩波書店) 三五八頁)、これは債権質が設定された場合の特例とみるか、その後全体として改説されたのかは不明である。

(51) 鳩山秀夫「債権譲渡ノ通知ト譲受人及ビ債務者ノ相殺」法協三六卷一号(大正七年) 一〇八頁。

(52) この理論は、後掲昭和四五年判決が説いていることと同様である。

(53) 近藤英吉・柚木馨『註釈日本民法(債権編総則)』〔中巻〕(昭和一〇年、厳松堂) 四四二頁以下。

(54) 近藤英吉ほか『註釈日本民法(債権編総則)』〔下巻〕(昭和一年、厳松堂) 三三八頁以下(田島順)。同様に、相殺適状時説を主張するものに、石田文次郎『債権総論』(昭和二年、早稲田大学出版部) 二一七頁がある。また、菊井雄大「判例民事法解説昭和八年度九六事件」(昭和八年、有斐閣) 三七〇頁以下は、相殺権が四六八条二項に含まれることから、相殺適状にある必要があるとするが、ただ期限の利益を放棄しえる場合には債務者保護論からそこまでは認められるとされる。

(四) 戦後の判例

(1) 昭和三二年・三九年判決

戦後において相殺が注目されたのは、最高裁昭和二七年五月六日判決⁽⁵⁵⁾以来のことである。それは、預金債権に質権を設定して確定日付ある通知・承諾をなしても、国税滞納処分による差押に対抗するためには、質権が滞納税金の法定納期限より一年前に設定されていなければならないが(旧国税徴収法三条)、相殺の場合には滞納処分による差押に対しても対抗できると判示したものである。これにより、質権よりは手数も簡易であり、しかも対抗力が

質権よりも広く認められる相殺に注目が集まり、実務界でも相殺を多用するようになった。そして、次の昭和三二年判決が出現することによって、相殺と差押ないし債権譲渡との関係が盛んに議論されていくことになるのであるが、⁽⁵⁶⁾昭和二十七年判決の影響もあってか、戦前とは異なり、専ら五一一条を中心として議論がなされていくのである。そうになると、転付ないし譲渡の場合のように相互対立性が欠如するためにあえて相殺権構成し、これが承継され、あるいは付着することによって相殺を對抗することができるといふ形で議論する必要があることになる。そこで、あらためて相殺の第三者効を導く理論構成が必要となる。戦後に至って最初に相殺の第三者効を扱った次の判例は転付命令の事例であり、従来の大審院の立場でも相殺を認めることが可能であったにもかかわらず、相殺の期待からその第三者効を導いたのである。

〔判例⑥〕 最判昭和三二年七月一九日民集一一巻七号一二九七頁

差押転付命令送達時に自働債権の弁済期は到来していたが、受働債権は未到来であったという事例で、「債務者が債権者に対し債権の譲渡または転付前に弁済期の到来している反対債権を有するような場合には、債務者は自己の債務につき弁済期の到来するを待ちこれと反対債権とをその対当額において相殺すべきことを期待するのが通常でありまた相殺をなしうべき利益を有するものであって、かかる債務者の期待及び利益を債務者の関係せざる事由によって剝奪することは、公平の理念に反し妥当とはいえない。それ故に、債権の譲渡または転付当時債務者が債権者に対して反対債権を有し、しかもその弁済期がすでに到来しているような場合には、少くとも債務者は自己の債務につき譲渡または転付の存するにかかわらず、なおこれと右反対債権との相殺をもって譲受または転付債権者に対抗しうるものと解するを相当とする」⁽⁵⁷⁾。

四六八条二項の事由とは、譲渡債権に内在する瑕疵および譲渡債権につき譲渡人に主張しえた事由であり、ここには相殺権も含まれるが、相殺権は相殺適状によって生ずるあるいは期限の利益の放棄しうる状態であれば相殺しうる状態にあることから、そこまでも含めて相殺適状が必要であるとする従来の立場から本判決は一步進め、将来相殺するとの期待も含まれるとした。将来相殺するとの期待を奪うことが公平でないとして保護されることは、債権譲渡によって債務者の地位を悪化させてはならないとの原則の延長線上にある。債権譲渡・差押がなかったならば相殺しえたであろう地位を維持するためのものだからである。さらに、これは相殺の機能の一つである公平維持機能とは異なる。相殺の公平維持機能としては、一方債務の履行のみが強制され、他方債務の履行がなされないことの回避があげられる。しかし、本判決において述べられている公平の維持は、債務者が相殺の期待を抱いているにもかかわらず、債務者の関与しない事由によってその期待を奪われることの回避なのである。債務者の地位の悪化を防ぐということであり、債権譲渡における債務者保護論と同趣旨と考えられる。そして、第三者効に関しては、相殺権のみならず、相殺することの期待も保護されるとして拡大するとともに、結果的には相殺の要件を対内的要件と対外的要件に明確に区別した画期的な判決であると考えられる。⁽⁵⁸⁾

ところで、その期待の内容であるが、本判決によれば、転付命令送達時において自働債権の弁済期が到来していることにより生ずるものとなる。しかし、期待という漠然とした観念で一定の範囲を画するのは困難である。その後、数多くの下級審判決が出されたが、それぞれ判断が分かれた。⁽⁵⁹⁾そこで登場したのが次の昭和三十九年判決であった。⁽⁶⁰⁾

〔判例⑦〕 最大判昭和三九年一月二三日民集一八卷一〇号二二一七頁

五十一条によつて第三債務者が差押前に取得した債権をもつてする相殺は、例外的に差押債権者に対抗することができる。「第三債務者が差押前に取得した債権を有するときは、差押前既にこれを以つて被差押債権と相殺することにより、自己の債務を免れ得る期待を有していたのであつて、かかる期待利益をその後の差押により剝奪することは第三債務者に酷であるからである」として、昭和三二年判決と同様の法理を述べた後、「かかる立法趣旨に徴するときは、第三債務者が差押前に取得した債権であるからといつて、その弁済期の如何に拘らず、すべて差押債権者に相殺を対抗し得るものと解することは正当ではない。すなわち、差押債権である受働債権の弁済期より先にその弁済期が到来するものであるときは、前記民法五十一条の反対解釈により、相殺を以つて差押債権者に対抗し得るものと解すべきである」とした。その理由とするところは、自己の債務の弁済期に自働債権の弁済期が到来していればそれを相殺に供することができるのであり、そのような関係にある場合に限り相殺の期待が正当化されるが、その反対であれば自己の債務の弁済期に相殺することができず、それにもかかわらず自働債権の弁済期到来まで自己の債務を遅延することによつて相殺適状を生じさせる者は保護するに値しないというものである。

本判決によれば、差押によつて差押債務者と第三債務者は被差押債権につき弁済、取立など一切の処分が禁止される結果、相殺も禁止されることになる。ところが、五十一条により、差押前に取得した債権をもつて相殺はできることになる。その理由は、相殺により自己の債務を免れるとの期待を差押によつて奪うことは酷であるからだとする。そして、その期待の有無は、両債権の弁済期の先後で判断することになる。

本判決は、昭和三二年判決をさらに一歩進め、期待の中身を精密化させた。それは、自己の債務の履行期に、自

己の有する債権を引当にすることによって、自己の債務の履行を免れるとの期待であるとするのである。したがって、基準点は自己の債務の履行期であり、その時点での両債権の態様が重要となり、その意味で差押時点で両債権とも弁済期にある必要はないとしたのである。また、差押によって相殺が禁止されるとすることは、相殺を弁済と同視するとの考え方が窺い知れる。そのため、本判決は譲渡・転付における理論をそのまま差押に当てはめなければならぬことになったのである。差押によって原則として相殺が禁止されることから、例外的に相殺が認められるための理論構成を行わなければならないことになり、それが債権譲渡による相互対立性の欠落の場合にもなお相殺を對抗することができることとの等質性が認められるからである。

しかし、このような相殺の期待利益保護という観念が広く認められたにもかかわらず、その期待の中身が債務の弁済をしなくともよいとする期待なのか、受働債権を担保視する、あるいは自働債権の回収を確実にするとの期待なのか争われることになるのである。

(2) 昭和四五年判決

〔判例⑧〕 最大判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号五八七頁

「相殺の制度は、互いに同種の債権を有する当事者間において、相対立する債権債務を簡易な方法によって決済し、もって両者の債権関係を円滑かつ公平に処理することを目的とする合理的な制度であって、相殺権を行使する債権者の立場からすれば、債務者の資力が不十分な場合においても、自己の債権については確実かつ十分な弁済を受けたと同様な利益を受けることができる点において、受働債権につきあたかも担保権を有するにも似た地位が与えられるという機能を営むものである。相殺制度のこの目的および機能は、現在の経済社会において取引の助長に

も役立つものであるから、この制度によって保護される当事者の地位は、できる限り尊重すべきものであって、当事者の一方の債権について差押が行われた場合においても、明文の根拠なくして、たやすくこれを否定すべきものではない。」として相殺制度について述べた後、差押の効力が第三債務者の一方的な意思表示によってなされる相殺権行使を妨げるものではないとし、「第三債務者は、その債権が差押後に取得されたものでないかぎり、自働債権および受働債権の弁済期の前後を問わず、相殺適状に達しさえすれば、差押後においても、これを自働債権として相殺をなし得る」。

昭和三二年・三十九年判決と比べ、本判決が第三者関与時点での要件を単に緩和したとのみ評価することはできない。相殺制度についての理解が大きく異なるからである。まず、本判決は三つの理論的支柱に支えられている。第一に、相殺制度を、相殺権を有する債権者側からみて自己の債権の回収・保全手段と捉えるのであり、ここから受働債権を担保視することが導かれる。そして、担保視している当事者の地位は最大限尊重されるべきであるとする。第二に、差押によって差押債務者と第三債務者間で差押債権を処分することが禁止されるのは、差押債務者の権限が制限されることの反射効であって、第三債務者の有するあらゆる抗弁を對抗することまで禁止されるものではないとする。その結果、第三に、差押債権者保護規定として、五十一条が差押後に取得した債権をもってする相殺を禁止していることからすれば、その反対解釈として、差押前に取得した債権であれば弁済期の先後を問わず相殺適状になれば相殺することができるとするのである。⁽⁶⁾

前掲三十九年判決との比較においては、第一に、差押の機能の理解が異なる。五十一条の理解が、第三債務者の相殺が禁止される例外規定なのか、第三債務者の相殺が特別に認められる特別規定なのかという理解の差に基づくものである。そして、これは相殺が弁済と同視され、差押によって禁止されるのかどうかという相殺の法的性質に根

差す問題でもある。⁽⁶²⁾ 第二に、これが重要であるが、相殺の第三者効が期待保護から認められるのか、あるいは担保的機能から認められるのかが異なる。これは、第三者効が認められる理由付けが異なるというに止まらず、相殺の本質についての理解が大きく変化したことを示している。三十九年判決では、第三者効が認められるのは債務者の相殺に対する期待である。その期待とは、自己の債務(受働債権)の弁済期に、自己の債権(自働債権)を引当にして債務を免れる、あるいは現実的な履行を免れるとの期待である。これに対し、四五年判決では、受働債権を自働債権の担保として捉えている状態が保護されるとする。相殺制度を、自己の債務の消滅手段としてではなく、自己の債権の回収確保手段と捉えているのである。自働債権の債権者側から相殺制度を理解するのである。⁽⁶³⁾ この結果、第三者効を認める基準点は債権の対立時ということになるのである。⁽⁶⁴⁾

(3) まとめ

昭和三二年・三十九年判決と昭和四五年判決では相殺制度に対する理解が大きく異なることになるのであるが、担保的機能の承認については後に扱うことにして、ここでは五一一一条に関して述べておく。大審院時代には債権譲渡ないし差押・転付命令の事例であったため、相殺の要件たる相互対立性が欠如することが考えられ、それにもかかわらず相殺を對抗するために四六八条二項の抗弁事由に相殺権が含まれると構成していたのに対し、最高裁になってからは差押の事例が中心となり、もっぱら五一一一条をどのように理解するかが問題となった。差押によってそもそも相殺が禁止されるのか、あるいは原則として相殺は可能であるが、差押債権者を保護するために一定の場合に限って相殺が禁止されるのが分かれたのである。ところが、すでに述べたように、立法者によれば、たとえ差押がなされても相殺することができるはずであるが、それでは差押債権者を害することがあるので、一定の場合に相

殺の対抗力を認めないとした。すなわち、差押後においては相殺権の発生を禁止するというのが趣旨であろうと考えられる。そうであるならば、ここで問題とすべきは、相殺権がいつ発生するかということになる。⁽⁶⁵⁾そして、昭和四五年判決では債権対立時から発生するということになるのであるが、それでは仮に受働債権の弁済期が先に到来し、差押債権者から取り立てられた場合にはこの相殺権に基づいて履行拒絶まで認めるかといえ、相殺できるのは相殺適状にあればという文言からして認められないであろう。⁽⁶⁶⁾さらに、差押・転付債権者から逆相殺した場合にも相殺適状の前後ではなく、相殺の意思表示の先後関係から優劣を決定するなど、⁽⁶⁷⁾必ずしもこの相殺権自体が完全に保護されているとはいえない。

注

(55) 民集六卷五号五一八頁。

(56) 三二年判決以前の下級審の動向については、浅田久治郎「滞納処分と相殺に関する判例の総覧」金法二四八号（昭和三五）一〇四頁以下が詳しい。

(57) このように、自働債権の弁済期がすでに到来している場合について多数意見が判示しているのに対し、河村大助裁判官はそれを越えて、両債権とも弁済期にない場合にもこの理を認める補足意見を述べている。すなわち、五〇五条によると相殺適状になれば相殺することはできないが、四六八条二項からすると、「債権譲渡の結果二人互いに債務を負担していた対立関係がなくなった場合に於ても、もし債権譲渡がなかったなら、債務者は相殺適状を生じたときに、自己の債権を以て相殺をなし得ることが、通常期待される場合においては、債権譲渡のため右期待利益を害することのないように、債務者の地位を保護する必要がある」ことになる。このことからすると、「たとえ債権譲渡の通知当時は、相殺適状になくても、他日相殺適状を生じたときに、債務者は債権譲受人に対し相殺を以て対抗し得るものと解することが衡平の原則にも合致するものと考え」られるとされるのである。すなわち、譲渡通知時点で両債権とも弁済期になくとも、自働債権の弁済

期が受働債権のそれよりも先に到来する関係にあれば、債務者は自己の債務の履行期に自働債権をもって相殺することを期待し、その利益を有するから相殺することができるとされる。そして、このような債権譲渡と相殺に関する法理は転付命令による債権移転と相殺の対抗にもそのまま適用されることになるのである。

- (58) しかし、昭和三十二年判決は従来の大審院の立場からも相殺を認めることが可能な事案であったため、それほど意味を持たないとの指摘もなされている(吉原省三「民法五一一条をめぐる諸問題」司法研修所報三二号(昭和三十九年)一四七頁、など)。

- (59) 詳しくは、山田二郎「国税滞納処分による債権差押と相殺」司法研修所創立一五周年記念論文集(上)(昭和三十七年)九四頁以下参照。

- (60) すでに三十九年判決の出現を予想されていたのは、西原道雄「債権の移転と相殺」判例演習債権法Ⅰ(昭和三十八年、有斐閣)一九五頁以下。

- (61) なお、本判決以後の同旨判例としては、最判昭和四五年八月二〇日判時六〇六号二九頁、最判昭和四五年一月六日判時六一〇号四三頁、最判昭和四五年二月一八日金法六〇三号一七頁、最判昭和四六年一月一九日金法六三七号二九頁がある。また、債権譲渡につき、結果として無制限説を認めたものの、その理論構成を採用しなかったものとして、最判昭和五〇年一月二八日民集二九卷一十一号一八六四頁がある。

- (62) 相殺の法的性質については古くから争われていた。詳しくは、Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, S. 207ff.

- (63) 相殺制度を債務消滅手段とみることから債権回収手段とみることも、主体の転換を意味するとの指摘は、すでに我妻・前掲注(8)三一七頁においてなされている。

- (64) 真実の預金者以外の者との預担貸付に際し、銀行は貸付時に善意・無過失であれば、その後に預金と貸付金の相殺の意思表示時点で悪意であっても相殺し得るとするのが判例である(最判昭和四九年二月二三日民集三八卷三三四四五頁、など)。相殺の前段階である金銭消費貸借も含めて四七八条を類推適用すること、銀行の善意・無過失の判断基準を貸付契約締結時とすること、についてかなりの批判がなされている(中舎寛樹「判批」民法判例百選Ⅱ債権(第三版)(平成元年)八二頁、北川・前掲注(7)六五頁以下、潮見・前掲注(7)四三五頁以下、吉田光碩「民法四七八条『債権準占有者』への弁

《済》は、どこまで拡大ないし類推を許すべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望2 債権総論（2）』（平成三年、日本評論社）二七五頁、など）。ここで深く立ち入ることはできないが、少なくとも、とくに批判が強い後者の問題は、相殺理論から焦点を当てると、判例としては筋の通った展開といえそうである。まさに、両債権の対立時、つまり貸付時の態様によってその後の相殺を判断しようとするからである。

（65） この意味からすれば、債権譲渡の場合と差押の場合を分ける必要はないことになる。後掲注（183）参照。

（66） 昭和四五年判決に対する一般的な理解であり、無制限説の論者も認めるところである（好美清光「銀行取引と相殺」加藤一郎・林良平・河本一郎編『銀行取引法講座《中巻》』（昭和五二年、金融財政事情研究会）二四七頁、伊藤・前掲注（1）四三四頁、米倉明「相殺の担保的機能」民法の争点Ⅱ（ジュリ増刊、昭和六〇年）八七頁、など）。ただし、自己の債務の履行を遅延して行う相殺について全面的に第三者効が認められるかは問題であり（御室龍「相殺の担保的機能についての一考察」札幌学院法学八巻二号（平成四年）二七〇頁）、場合によっては相殺権濫用の法理によって否定されることも考えられる。

（67） 前掲注（10）参照。

（五） 戦後の学説

（1） 相殺権構成について

戦前の通説を受け継いで、相殺権という概念から理論構成され、さらに詳細な検討を加えられたのは我妻博士である。⁽⁶⁸⁾ 博士によると、相殺しうる地位を相殺権と観念し、これは保護されるべきであるとされる。この保護されるべき相殺権には「現在相殺することができる者の地位に限らず、将来相殺によって清算すると予期しうる者の地位を広く含むべき」である。これにより、相殺権自体、相殺適状によってのみ生ずるものではなく、当事者の相殺に

対する期待をも含むことになり「対立する同種の債権の当事者として将来相殺によって清算しうる合理的な期待をもつ者の地位」が相殺権ということになる。そして、保護されるべき期待とは、自働債権の弁済期が先に到来する関係にある場合に認められるとされるのである。⁽⁶⁹⁾このことから、①相殺権は相殺適状前にすでに発生するが、ただ自働債権の弁済期が先に到来する限りにおいて生ずる。②このような相殺権が発生した後に債権譲渡・差押がなされてもその相殺権は保護される。そして、期待の内容についての説明において、銀行が自行預金を見返りとして融資している場面を想定されていることから、③相殺に対する期待は、自己の債務の弁済を免れるというに止まらず、自己の債権の担保と捉え、自力執行により「清算」できるとの期待まで含まれることになるのである。

このように相殺権という觀念を認め、そこには相殺の期待が含まれ、その期待には自己の債務を免れることと担保視していることの両者があると説明は、しかしその後支持されていないようである。⁽⁷⁰⁾他には戦前の多元説を継承した形で、相殺適状後であれば相殺権によって第三者効が認められ、それ以前では自働債権の弁済期が先に到来する場合に限って、相殺の期待保護から第三者効が認められるとする説もある。⁽⁷¹⁾しかし、相殺に第三者効があるのは、相殺権とまでいわないにしても、⁽⁷²⁾相殺に対する期待が保護されるべきであることから、当然視され、⁽⁷³⁾そのこと自体問題とされることなく、専らそれが認められる範囲、そのための要件論のみが議論されていくのである。⁽⁷⁴⁾この際、結果としては四五年判決で十分に保護されることになった担保的機能を正当・確実な期待利益で制限する、つまり五一一条を四八一条の中で捉え、相殺が差押による弁済禁止効に含まれるとしつつ、いかなる範囲で相殺の担保的機能を考慮するかが問題であるとの指摘がなされてきたのである。⁽⁷⁵⁾その結果、五一一条が相殺の例外的禁止規定なのか、例外的承認規定なのかの相違が、期待成立時期の対立につながり、前者にあっては債権対立による期待成立が認められるのに対し、後者にあっては弁済期の先後による期待成立という形で分かれるとの問題整理もな

された⁽⁷⁷⁾。また、両債権の擲取力の先後関係を問うというアプローチもなされたのであるが、いずれにしてもこの問題は、「差押債権者の保護と、第三債務者の相殺の保護の利益衡量という視座に立って、保護に値する相殺への期待利益を、どの線で限定すべきか」ということになり、⁽⁷⁹⁾ いずれとも決着をみることができない状況にあるといわれているのである。⁽⁸⁰⁾

そこで、担保的機能がどのようなものと理解されているかについて、相殺の他の機能との関連において整理しておくことにする。

（２）簡易決済機能・公平維持機能と担保的機能の関連

同一当事者間で同種の債権債務が対立している場合、お互いに弁済しあうというのは無駄であるとともに、危険も伴うものであるから、このような無用のやり取りを省くことによって弁済費用やその危険を回避することができるとして認められたのが相殺であり、相殺にはこのような弁済省略機能があり、また、相殺することによって両債権債務が消滅することから、簡易決済機能があるとする点で疑義は生じない。

公平維持機能もすでに古くから認められている。⁽⁸¹⁾ 松波・仁保・仁井田説は、無資力者が自己の債権を取り立てたのに対し、自己の債務を支払わないという不公平を除去するものであるとされる。⁽⁸²⁾ 梅博士も、一方債務が履行され他方債務が履行されないのでは誠実な者が損をし、怠慢・狡猾な者が益することになってしまい、これを回避する趣旨で相殺があるとされる。⁽⁸³⁾ 土方博士は、さらに簡明に、両債権とも完うするという公平な結果をもたらすとされる。⁽⁸⁴⁾ これらの説にあっては、同じく公平機能を認めるといっても、相殺をした結果生ずるものとのニュアンスがある。しかし、その後は公平機能が正面から独立したものとして認められていくのである。横田博士は、自己の債務

を履行し自己の債権の弁済が受けられなくなることの回避と捉えられ、留置権と同じであると述べられている。⁽⁸⁵⁾

すでに早い段階からこのような説明がなされていたのであるが、ここでは、相殺を債務の履行手段と債権の確保手段という二つの観点に分けて捉えることが明確にされていなかったため、自己の債権の保全・確保を目的とするとは認識されていなかった。しかし、この公平機能が認められるということは、自己の債務を弁済したにもかかわらず自己の債権を実現できないという状態を回避するという債権の保全・確保のためという考え方がすでに潜んでいるのである。債権確保機能が認められていく萌芽はすでにあったのである。

このような債権確保機能を明確にしたのが石坂博士であった。⁽⁸⁷⁾ 相殺を債務者の側からみると債務消滅であるが、債権者の側からみると債権の実行の問題であり、債権の自助満足機能があるとされるのである。このことから相殺には弁済省略のほかに、一方のみの履行が強制されることを回避する公平機能と、それに加えて一方の無資力による危険を回避するための債権確保機能があるとされるのである。⁽⁸⁸⁾ その後、このような債権確保機能という観点は広く受け入れられることになり、例えば川名博士は弁済に類似する満足を債権者に与えるとし、末弘博士は容易に債権を取立てたと同一の結果を得ることができるとされ、⁽⁸⁹⁾ 田島教授は債権の効力を確保して一方債務者の無資力による危険回避と破産の場合の優先権の許容を挙げられる。⁽⁹¹⁾ さらに、このことから担保的に捉えることを明言されるのは、すでに述べたように、鳩山博士である。四六八条二項の説明において、本条により相殺が認められるのは、同一当事者間で債権債務が対立することにより「債務者が自己ノ債権ニ付テ恰モ担保ヲ有スルト同一ノ法律関係ニ在リタル状態ヲ保存センガ為メニ」認められたのであるとされるのである。⁽⁹²⁾ このように、自己の債務を自己の債権の担保として考える立場を明らかにされたのであるが、さらに明確に、相殺に「担保的作用」があるとされたのは我妻博士であった。一方当事者が破産しても相殺することによって損失を免れることから、相殺には自己の債権を担

保としていとされるのである⁽⁹³⁾。

このようにして、石坂博士以来、債権の確保・保全機能が認められることになったのであるが、それが公平維持機能とどのような関係にあるのかは論者によって若干異なる。石坂博士は、すでに述べたように、公平維持機能を一方債務のみが履行強制されることの回避として、履行段階での公平さを示しているのに対し⁽⁹⁴⁾、初期の段階における理解のように——そして現在ではほとんどこのような説明がなされているのであるが⁽⁹⁵⁾——、公平を一方債務者の無資力による危険の回避と捉えようと、担保的機能は公平維持機能を貫徹した結果生ずる第三者への優先効を示すことになり⁽⁹⁶⁾、そこから債権担保ということは間接的なものであるとの見解が導かれ⁽⁹⁷⁾、あるいはすでに相殺に内在化されていると考えられることになる⁽⁹⁸⁾。つまり、担保的作用は、本来決算手段である相殺に内在している反射的効果にすぎないとの考えがここから導かれ⁽⁹⁹⁾、相殺イコール担保とはならないことになるのである⁽¹⁰⁰⁾。

このようにして、担保的機能を公平維持機能の延長線上で捉え、しかも一定の場合に第三者に対抗することを認めた結果、あたかも優先して弁済を得られたかのごとき状態を生ずることを示すものとして担保的機能が用いられてきたのである。そうすると、どのような場合にこのような状態を生ずるかは担保的機能を認めることによって導き出せないことになる。担保的機能があるから第三者に対抗できるのではなく、第三者に対抗できた結果を指し示すからである。このことから必然的にその要件は別の規準で測られることになり、多くは債務者が有している相殺の期待利益と第三者保護の調和点をどこにおくかという利益衡量によって解決を図ろうとしているのである。

これに対し、担保的機能を公平の延長線上で捉えるべきではないとの主張もなされている。豊田教授は両者を明確に分けるべきであるとされ、公平さは両当事者間で認められるものであって、しかも相殺適状後において認められるものであるのに対し、担保的効力は合理的な期待利益を有する自働債権者に、そして相殺適状以前にも認めら

れるものであるとされるのである。⁽¹⁰⁾ このようにして、担保的機能に相殺の期待利益を含ませて考え、これにより公平維持機能とは別の範疇として捉えることがなされはじめることになった。

好美教授は、このことを端的に捉え、「対立債権があれば対等額で債務関係は決済され(る)たとの信頼」が相殺の担保的機能であるとされる。⁽¹⁰⁾ さらに、林教授は「相殺の担保的機能は・・・相殺により当該受働債権は、予め対象たる引当財産から控除され、他の並立債権者の引当財産たる資格を失うものである」とされ、⁽¹⁰⁾ また平井(一)教授は、より端的に、「互いに対立する債権を有するものが反対債権を自己の有する債権の引当にすることができ、その反対債権は自己の支配下にある、という状態から生ずるものである、と一応いえる」とされる。⁽¹⁰⁾

しかし、このように担保的機能を捉えたとしても、つまり相殺の期待利益を保護するため、受働債権をすでに自働債権の引当として確保している状態が担保的だとしても、どのような場合にこれが認められるかという点についてはこれまた基準が再び示されなければならないことになる。⁽¹⁰⁾ さらに、このように受働債権を一般財産から切り離すことに対しては、とくに担保物権制度との関連から批判されることになるのである。

(3) 担保的機能論に対する批判

このような状況のなか、そもそも相殺の担保的機能を否定的に見ることから、相殺の第三者効を簡易決済機能や公平維持機能から根拠付ける主張が現われた。⁽¹⁰⁾ 清水教授は、金銭債権の独立財産性を保護するため、および金融の系列化を阻止するため、相殺の担保的効力を否定的に解される。そこで、第三者関与時点ですでに両債権が相殺適状にあれば、相殺のもつ簡易決済機能(弁済の手数を省く)によって相殺を第三者に対抗できることになる。また、第三者関与時点でいまだ相殺適状にない場合であっても、自働債権については弁済期が到来しており、受働債

権については期限の利益を放棄しうる場合、つまり一方債務者が期限の利益を放棄して相殺適状を作出しうる場合に限り、公平機能の論理——一方債権が実現され、他方債権が実現されないという状況の回避——によって相殺を對抗できるとされる。これを越えてまで公平の論理を持ち出して相殺を對抗することはできない。なぜなら、公平の論理は相対立する債権を有する当事者のみに妥当するものであり、この公平を第三者に対してまで及ぼして第三者の利益を害することは許されないとされる。相殺の担保的効力は、公平の論理を越えて、つまり第三者関与時点以前に相殺適状を繰り上げることなくとも、相殺を對抗できるとすることによってはじめて認められるものであるが、前述した金銭債権の独立財産性を保全し、金融の系列化を阻止するためには認められないとされる⁽¹⁰⁷⁾。

結局、清水教授の考え方は、一方債権のみが実現され、他方債権の実現がなされないという当事者間の状況を回避するために相殺が認められる以上、第三者に対してもその限度でしか相殺を對抗できないとされるのである。つまり、当事者間の公平のためには第三者は譲らなければならないが、担保的機能はそれを超え、当事者の公平のために第三者に不公平をもたらすものであるとされる。これは、第三者関与時点以前に相殺適状を繰り上げられる場合とない場合で結果を異ならしめるものである。具体的には、期限の利益喪失の意思表示ないしその約款によって弁済期を繰り上げ相殺適状を作り出せる場合に限って相殺が認められることになる。これは大審院の判例の立場との等質性が見られ、第三者関与時点で少なくとも自働債権の弁済期が到来していなければならないことになり、この範囲に限り公平維持機能、つまり一方の債務のみが実現されることを拒む機能が持ち出されることになる。

また、鳥谷部教授も次のように主張される⁽¹⁰⁸⁾。すなわち、「担保」というためには、①担保の合意、②価値支配の根拠、③被担保債権の存在・特定、④目的債権の存在・特定、の四つの基準が必要とされるが、法定相殺はいず

れをもたないことから、担保的構造を有しておらず、結局担保的機能を生ぜしめる基礎は存在しないとされる。したがって、第三者に相殺を對抗することができるのは簡易決済機能および公平維持機能の限度であるとされるのである。同様に、潮見教授は、①担保合意が不要、②債権が対立しても相殺適状までなんらの権限も生じない、③両債権の不特定性、④公示性の欠如を理由に、相殺の担保的機能はきわめて弱いものであるとされる⁽¹⁰⁹⁾。

これらの説にあっては、相殺の担保的機能を、実際に第三者に相殺が對抗された結果生ずる第三者に対する優先的結果を意味するものとされ、それ以上の意味を有するものではないとされるのである。そこから第三者関与時点での要件を別の基準を用いて判断しようとするものである。したがって、清水教授以降の論稿は担保的機能論の内容について再検討を促すものであり、相殺の第三者効を認める根拠付けに対して改めて疑問を提出するなど、相殺の本質について目を向かせる契機となった。ただ、その主張内容については、担保的機能を肯認される論者がすべて担保として捉えているかは疑問であり、その意味でこの批判が当を得たものであるかは問題である。担保的機能をどのように解するかがそもそも問題なのであり、一概に担保視することが不当であるとの主張が要件論に関する無制限説に対する批判とはなりえない部分があるのである⁽¹¹⁰⁾。

また、最近では、両債権に牽連性がある場合に限って第三者効が認められるとする考えも主張されている。深谷助教授は、相殺が担保的機能を認める構造になっていないとし、そこから母法であるフランス民法の解釈の導入を提唱される。すなわち、原則として、相殺適状後の第三者に限って相殺の第三者効が認められるのであるが、自働債権と受働債権に牽連関係があれば適状前に関与した第三者に対しても相殺を對抗できるとされる。その際、両債権の弁済期の先後関係は問わない。そして、その牽連性の判断基準は、①両債権が同一契約から生じた場合、②一方の損害賠償債権がもともと同一契約から生じた債務の不履行によって発生したものである場合、③契約が解除

されて生じた債権債務、④同一契約でなくとも一方の契約が他方の原因となっている場合、を挙げられている。⁽¹²⁾
 同じく、平井（一）教授も、両債権に牽連性がある場合に限り担保的機能を肯定される。すなわち、相殺に担保的機能があるとしても、これはどのような場合にも貫徹できるものではなく、担保としては認しうべき関係がある場合とない場合を分ける必要があり、その基準として両債権の牽連性ないし相互依存的な緊密関係が挙げられるとされるのである。⁽¹³⁾

注

(68) 我妻・前掲注（8）三二〇頁以下。

(69) なお、その後改説され、このような要件は不要とされるに至った（我妻・前掲注（8）五八七頁）。

(70) 僅かに、潮見・前掲注（7）一二五頁が同様の説明をなされている。

(71) 長谷部茂吉「受働債権が第三者に譲渡または転付された後の相殺の拒否」ひろば一〇巻九号（昭和三年）五二頁。

(72) 宮川種一郎「新相殺判決の意義と実務への影響」金法五九二号（昭和四五年）六頁。

(73) 山中康雄『債権法総則講義』（昭和三年、敵松堂）一三五頁、柚木馨『判例債権法総論下巻』（昭和三年、有斐閣）一五九頁、磯村哲編『注釈民法』（12）（昭和四五年、有斐閣）三九六頁（中井美雄）、林〓中務編・前掲注（27）一〇頁。

(74) 要件論に関する学説の整理については、伊藤・前掲注（一）四一八頁以下、鳥谷部・前掲注（20）三二八頁以下、および同書に掲載されている文献参照。

(75) 磯村編・前掲注（73）四五六頁（中井美雄）、前田庸「銀行預金に対する差押と銀行のなす相殺との関係について」立教法学八号（昭和四一年）一二八頁、豊田健「判批」慶応大学法学研究四〇巻二号（昭和四二号）二六五頁、平井一雄「判批」金判三三五号（昭和四五年）四頁、など。

(76) 於保不二雄『債権総論（新版）』（昭和四七年、有斐閣）四一九頁、甲斐道太郎編『債権総論』（昭和六二年、法律文化社）一八八頁（安武敏夫）。また、水本浩『債権総論』（平成一年、有斐閣）一五三頁も指摘している。

(77) 小山昇「債権差押と第三債務者のする相殺」小山昇ほか編『演習民事訴訟法(下)』(昭和四八年、青林書院) 三五六頁以下。

(78) 石田・前掲注(35) 一四三頁、高木多喜男「相殺」奥田昌道ほか編『民法学4』(昭和五一年、有斐閣) 二一七頁、林良平ほか『債権総論』(昭和五三年、青林書院新社) 三一四頁(石田喜久夫)、潮見・前掲注(7) 一四一頁。

なお、擲取力の先後を問題とすることは、差押の効力の影響を一切認めないことになり、これはいわゆる無制限説と同じ発想に立つものと考えられる。したがって、差押の効力を弱いものと考えること自体問題があり、制限説・無制限説のいずれの批判をも併せ持つことになるのではないだろうか。

(79) 塩崎勤「相殺予約の対外的効力について」金法一〇〇〇号(昭和五七年) 一一頁、四宮和夫「判批」法協八九卷一号(昭和四七年) 一四一頁。なお、相殺の問題が第三者と債務者の利益衡量の問題として困難さを孕んでいることは、すでに明治一七年の法協誌上での議論からも明らかである。ここでは、金銭消費貸借上の債務者が破産した場合、その債権者が債務者に対して同じく金銭債務を負担していたとすると相殺をなし得るか否かが議題とされ、相殺を認める者と破産債権者を保護するため相殺を認めない者とは相半ばし、最終的に議長が相殺可として決着をみるに至った(法協六号(明治一七年) 一頁以下)。

(80) 伊藤・前掲注(1) 四三八頁。

(81) 岩田新『債権法新論』(昭和九年、有斐閣) 二二五頁は、民法が公平を目的とする法であることから、これをもって相殺を説明するのは不適当であるとされる。

(82) 松波仁保・仁井田・前掲注(21) 六六六頁以下。

(83) 梅・前掲注(36) 三二七頁。

(84) 土方・前掲注(26) 九七頁。

(85) 横田・前掲注(38) 九四一頁以下。

(86) 岡松博士は、このほかに訴訟回避に着目して自力執行機能を認められている。

(87) 石坂・前掲注(38) 一五三八頁以下。すでに述べたように、岡松博士はこれを権利保護機能としていち早く示されているのであるが、本文に述べたような意味で債権の効力として明確化したのは石坂博士が最初である。

- (88) この考え方のベースとなっているのは、相殺権という債権を消滅させる権利が、債権の効力として生ずるものであり、それゆえに債権の実行からみる必要があるとされている点である（石坂・前掲注（38）一五二九頁、一五三八頁以下）。なお、それ以前の論文では、銀行が預金担保の目的として相殺を用いてもそれは達成しえないと主張されている（石坂音四郎「預金担保ハ債権質トシテ成立スルヲ得サルヤ」改纂民法研究上巻（大正一二年、有斐閣）五七三頁以下）。
- (89) 川名・前掲注（45）五五四頁。
- (90) 末広・前掲注（49）三五五頁。
- (91) 近藤ほか・前掲注（54）二七〇頁（田島順）。
- (92) 鳩山・前掲注（51）一〇八頁。
- (93) 我妻・前掲注（8）三一七頁以下。
- (94) 同旨、近藤ほか・前掲注（54）二七〇頁以下（田島順）は、公平は一方債務の強制の不当性を回避すると述べている。
- (95) 柚木・前掲注（73）三一〇頁、中川善之助『民法（債権）』（昭和三二年、青林書院新社）二五二頁、磯村編・前掲注（73）三七六頁（乾昭三）、柚木馨『高木多喜男『判例債権法総論（補訂版）』（昭和四六年、有斐閣）四九一頁、於保・前掲注（76）四一三頁、林ほか、前掲注（78）三〇二頁、森田三男『債権法総論』（昭和五三年、学陽書房）三七二頁、松坂佐一『民法提要債権総論（第四版）』（昭和五七年、有斐閣）二七五頁、甲斐編・前掲注（76）一七七頁、前田達明『口述債権総論第三版』（平成五年、有斐閣）四九七頁、など。
- (96) 浅田久治郎「相殺と租税の関係について」金法一五〇号（昭和三二年）五頁。
- (97) 松坂・前掲注（95）二七五頁、森田・前掲注（95）三七二頁、など。
- (98) 山本進一ほか編『債権総論』（昭和四九年、青林書院新社）八一頁（中井美雄）。
- (99) 鈴木緑弥『清水誠編『金融法（改定版）』（昭和五五年、有斐閣）三七六頁（伊藤進）、伊藤進「担保的相殺一手研一九四号（昭和四七年）六八頁以下、林錫璋「いわゆる相殺の担保的機能」名古屋大学法政論集八八号（昭和五六年）一三三頁、いづれにしても、石坂博士のように履行段階での公平さといっても、同時履行の抗弁権のように相手方の履行請求を拒絶するという形が認められるものでなければ結局はあまり差のないことになる。そこで、この趣旨を徹底され、履行拒絶権を認められるのが、我妻・前掲注（8）五八七頁である。

- (101) 豊田・前掲注(75) 二六五頁。
- (102) 好美・前掲注(24) 四頁。
- (103) 林良平「判批」民商五三卷三号(昭和四〇年) 四一五頁。
- (104) 平井・雄「報告」金融法研究九号(平成五年) 九三頁。なお、このように、受働債権をその総財産から分離することになるとの指摘は、すでに山田・前掲注(59) 九五頁によってなされている。
- (105) 確かに、担保的機能を肯定することからただちに無制限説への移行がみられるふしがないでもないが、しかしそれでも五一条の解釈、差押の意味といったことを理由付けにしているのである。
- (106) 一般的に、担保的機能に対する問題性は、その公示性の欠如に向けられている(於保・前掲注(76) 四二〇頁、奥田・前掲注(29) 五七七頁、北川・前掲注(7) 二三四頁、など)。
- (107) 清水誠「いわゆる相殺の担保的機能に関連しての一考察」民事研修一六五号(昭和四六年) 四一頁、同「相殺の担保的機能についての再論」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』(昭和四九年、有斐閣) 三六六頁、同「相殺の担保的機能・再々論」幾代通先生献呈論集『財産法学の新展開』(平成五年、有斐閣) 三七四頁。
- (108) 鳥谷部・前掲注(20) 三四八頁以下。
- (109) 潮見・前掲注(7) 一四一頁。
- (110) 林良平「相殺の機能と効力」加藤一郎・林良平編集代表『担保法大系V』(昭和六〇年、金融財政事情研究会) 五三三頁以下はこの点を強調され、また、潮見・前掲注(7) 一二五頁以下は、相殺があくまで担保的機能を営むに止まり、担保権とされるものではないと明言される。
- (111) 例えば、留置権のような法定担保物権の場合、担保設定等の合意もなければ、公示も不要とされている。それからすれば、法定相殺と対比すべきはこのような法定担保物権であると思われる、そうであるならそれほど違いがあるとはいえないと考えられる。
- (112) 深谷・前掲注(16) 四一三頁以下。
- (113) 平井・前掲注(5) 六〇〇頁以下。

（六）小括

相殺の第三者効に関して、立法段階で明確に認識されていたとはいえない。相殺の行使方法が、相殺適状によって当然生ずるとするフランス民法・旧民法から、意思表示による相殺へと修正されたとはいえ、第三者効に関して明文をもってこれを肯定するドイツ法の立場に立つかどうかは明らかではない。相殺が第三者の権利を害してまでなされないと起草委員が説明していることからすれば、むしろフランス民法のように、相殺可能性を否定ないし狭い範囲でしか認めないと考えられていたかのようである。

大審院は、地位承継論、相殺権を対抗事由として捉える、債権譲渡における債務者保護論、といった理論構成により第三者効を認めることになるのであるが、いずれにしても、譲渡人に相殺を主張するためには相殺適状になければならず、その状態によってはじめて譲受人にも対抗することができると考えられていたようである。¹¹⁹これを学説と対比すれば、相殺適状によって相殺権が発生し、これを第三者に対抗するために債務者保護論が持ち出されたとも考えられる。

学説は、この相殺権があること自体に基づいて第三者効が認められるとし、債務者保護論は第三者関与時点での要件論に反映され、その時点での相殺適状を不要とするという結論を導くことになるのである。とくに、石坂博士が相殺することへの期待が保護されると主張され、磯谷博士も同調されているが、おおむね相殺権と債務者保護論が強調されているにすぎない。差押に関しては、差押の効力から相殺可能性を導く説も見受けられるが、あまり論及されていない。このような通説に対し、相殺適状によって相殺権がはじめて生ずるものであり、それ以前の状態

で第三者効が認められるのは、あるいは期待保護により、あるいは担保的な状態保護のためといったことから導かれるとの主張もなされているのであるが、十分に深化されないままになってしまった。

戦後の判例では、まず、相殺の期待利益から第三者効が認められることになった。昭和三二年判決では、自働債権の弁済期がすでに先に到来している場合にこの期待利益が保護されるとしたが、昭和三九年判決では、第三者関与時点で両債権とも弁済期が到来していなくともその後到来する自働債権の弁済期が受働債権よりも先に到来する関係にあることによって相殺の期待が保護されるとした。ところが、昭和四五年判決では、両債権が対立することによって、互いの債権を自己の債権の担保と捉えるという相殺の担保的機能は十分保護されるべきであるとして、相殺の第三者効をこれに基づいて認めた。

戦後の学説においては、従来の相殺権概念を発展させていくことはむしろ少数であり、多くは相殺に第三者効があることを当然の前提としつつ、それが認められる要件論——しかも、弁済期のみ焦點が当てられて、ひろく第三者関与時点で必要とされる要件という形で議論はされていない⁽¹⁵⁾——が、議論の中心となっていた。しかも、昭和四五年判決以降は、担保的機能がいかなる範囲で認められるかが問題の中心とされていった。現在では、その広狭に止まらず、担保的機能が第三者効の独立した理由付けにならないとの立論もなされ、担保的機能論の存在自体が問題視されている。

このような判例・学説の展開状況からみると、判例は相殺の本質論、すなわち相殺の第三者効が認められる根拠付けからその要件論を導き出しているのに対し、学説においては専ら要件論のみに的が絞られ、いかなる場合であれば相殺が對抗できるかのみが議論され、そこでは何ゆえに相殺を第三者に対抗しうるかという点についてはあまり議論されていないと評してよいであろう。⁽¹⁶⁾

その原因として考えられるのは、第一に、当然消滅主義から意思表示による相殺へと修正されることによって相殺適状の意味が変わったにもかかわらず、少なくとも相殺適状にあれば第三者効を認めるとすることによって、「相殺し得る」という相殺可能性が一足飛びに認められてしまったことである。

第二に、相殺可能性が保護され、第三者効が当然視された結果、相殺の期待が、その第三者効を認める根拠という制約を外れて自由に解釈され、内容が多様性を帯びてきたことである。後述するように、相殺によって債務を免れるという期待を保護するためにドイツ普通法では相殺に第三者効が認められたのであるが、日本法では、その期待が認められる要件に議論がスライドすることによって、反対にその期待の本身が問われることになった。債務者として債務を免れるという期待のみならず、自己の債権の優先弁済を確保するとの期待まで含まれるのが問題となり、期待の内容が論者によって異なってしまったのである⁽¹⁷⁾。

第三に、仮に当事者が相手方債権を担保として捉えることまでも保護するとするならば、それを判断する基準点は履行期ではなく、自働債権の取得あるいは受働債権の負担時点であるべきにもかかわらず、つまり両債権が対立するに至った時点で担保視したかどうかであるにもかかわらず、弁済期の先後を問わないとする帰結を導くという点で、依然として第三者関与時点での履行期の問題に焦点が当てられていることである⁽¹⁸⁾。すなわち、担保視していることを何によって判断するか議論が欠如しているのである。これにより、本来は質的に異なる視点が弁済期の先後関係を問うのか問わないのかという同一平面で議論がなされることになり、議論が平行線を辿ることになるのである。

第四に、相殺の期待利益とともに、担保的機能という言葉の用いられ方が論者によって異なる点である⁽¹⁹⁾。ある場合には相殺の期待と同視する場合もあり、債務消滅機能と並んで債権回収機能もあることを示すために用いる場合

もあり、そこからさらに、あたかも物的担保が付されているのと等しいという意味をもっている、あるいは自己の債権確保のために受働債権を引当にできることを意味する場合もあるようである。⁽¹²⁾これにより、期待利益と担保的機能がいかなる関係にあるのかが不鮮明となり、さらに相殺のほかの機能である簡易決済機能・公平維持機能との関連も曖昧となってしまった。

また、そもそも「担保的」とはいかなる内容であるかも厳密に定義付けられていないようである。⁽¹³⁾相殺に第三者効が認められた結果、他の債権者に優先して自己の債権を回収したという結果を指し示すのか、あるいはより積極的に、受働債権が担保となっていることを示すのかがはっきりしていないのである。そうすると、相殺には公示性がないことなどを理由とする担保的機能への批判は前者にはあてはまらないことになり、この意味で議論が噛み合っていないともいえるのである。

注

(114) 一般に、戦前の判例は、遡及効と関連して相殺適状を問題としていたとされる。しかし、すでに述べたように、債権譲渡ないし転付による債権の帰属主体の変更に着目し、相殺要件である相互対立性の欠如を念頭においた上で、権利承継論といった理論構成を採用していたというべきであろう。

(115) 例えば、同種性が第三者関与時点で備わっていなければならないかどうかについてはあまり議論されておらず、またその時点で自働債権が具体的に発生していなければならないかどうかあまり議論されていない。この点に関するドイツ法の展開については、拙稿・前掲注(13) 一一一頁参照。

(116) ほぼ同旨、伊藤・前掲注(1) 四四二頁以下。

(117) 日本語の問題として「期待」とは主観的な願望をも含めて示すような響きがあり、そこから、例えば銀行が予定している内部的な関係すらもこれに含まれるとの主張がなされ(佐々木健「歩積両建預金の整理と相殺の担保的機能」金法五四三

号（昭和四四年）一三頁以下、石井眞司「買戻請求権による相殺と銀行の合理的期待利益」金法四五四号（昭和四一年）二二頁、同「各種与信取引における相殺と銀行の合理的期待利益」金法四八九号（昭和四二年）九頁、など）、いっそう不明確さが増している。

(118) 担保視すれば当然弁済期の前後は問わないとすることに対しては、反対に担保視しているからこそ弁済期の先後関係の問題とするとの主張がなされている（前田庸「判批」ジュリ二二五号（昭和三六年）八七頁）。いずれにしても相殺権という觀念から導こうとすれば、それが必然的に相殺適状を問題とすることから弁済期が問題となり、期待利益からみれば弁済期の問題が必然的に中心になるとはいえない。

(119) 伊藤・前掲注（一）四二五頁によると、四五年判決後における制限説は、期待利益を担保的機能という別の利益に置き換えて登場したとする。

(120) 菱田政宏「判研」商事法務三〇〇号（昭和三八年）三三頁、石田・前掲注（35）一四一頁。

(121) 石川利夫「判批」昭和四五年度重要判例解説（ジュリ臨増四八二号）（昭和四六年）一五一頁、稲葉威雄「預金の差押と相殺権」金法六八九号（昭和四八年）一八六頁。

(122) 鈴木禄弥「債権法講義改訂版」（昭和六二年、創文社）二九一頁、於保・前掲注（76）四一三頁、前田庸「差押と相殺との関係に関する最高裁判決について」商事法務五三三三号（昭和四五年）八頁。

(123) 後藤紀一「判批」判評二九五号（判時一〇八二号）（昭和五八年）一八七頁、千種秀央「差押と相殺をめぐる問題点」手研一六一号（昭和四五年）一二頁。

(124) 「担保」の定義自体困難である。平井一雄「非典型担保論史（譲渡担保論史）——明治初期から昭和二〇年まで——」獨協法学四〇号（平成七年）二頁によると、「債権確保のため何らかの手段が採られ、その効力は必ずしも法律上の優先弁済機能まで認められるものに限らない」とされる。そうすると、債権の優先回収が事実上認められさえすれば、担保と称してよいことになろう。

三 ドイツ法における相殺の第三者効に関する史的素描

相殺可能性が保護され、第三者効が認められたのは、ドイツ後期普通法学説の時代からである。そこにおいて問題とされたのは、債権譲渡の場合である。債務者が譲受人に対抗し得る抗弁の中に相殺が含まれることでは異論をみなかったのであるが、この時代に相殺の行使方法が当事者の意思表示によってなされたとされたことにより、それがなされるまでの相殺可能性がここに含まれるかが議論されたのであった。そこで、この経過を少し遡った段階から概観していくことにする。

（一）後期普通法学説

（1） 注釈学派

債権譲渡が認められるということは、債権それ自体が譲受人に移転するということである。しかし、譲渡人が譲渡債権につき有していた長所・欠点が、いかなる範囲で譲受人に移転するかは、困難な問題であった。⁽¹²⁵⁾そして、これとは反対に、譲受人からの権利行使に対して、債務者はいかなる抗弁を対抗することができるとかは、債権譲渡が認められるか否かにかかわらず、古くは注釈学派の時代から争われてきた問題であった。⁽¹²⁷⁾ここでは、とくに相殺に関して次のように主張されていたようである。すなわち、*actio utilis*（準訴権）と *actio mandata*（委任訴権）とを分け、あるいは債権譲渡が有償（*cessio onerosa*）か無償（*cessio lucrativa*）かに分け、それぞれ後者につき相殺を

認めた。そして、さらには、譲渡人自身が債権譲渡前にすでに相殺を対抗されていた場合に、債務者は譲渡人に対する債権をもって譲受人に相殺を主張し得るとしていた。⁽¹²⁾しかし、債権譲渡が認められていない以上、譲受人が完全に自己の権利として譲渡債権を行使するものでなかったので、相殺の要件である相互対立性が欠如するとは考えられていなかった。⁽¹⁰⁾そこで、専ら相殺が抗弁事由に含まれるかどうかという観点からのみ議論がなされていたのである。

（2）プロイセン一般ラント法

債権譲渡を認めたプロイセン一般ラント法（ALR）は、相殺に関して次のように規定する。（I 16, §313）

「債務者は、譲受人に対する債権と同様に、譲渡通知以前に譲渡人に対して請求し得たことのみをもって、譲渡債権と差し引きすることができる。」

ここでは債務者が対抗し得る抗弁を、譲渡債権に基づくものであれ、譲渡人に基づくものであれ、その性質・発生原因によって差異を設けなかった。⁽¹³⁾これは、おそらく次のように考えられたものと思われる。債権譲渡によって、債権はその同一性を維持しながら移転する。確かに、譲受人は、譲渡人から委託を受けてその者の債権を行使するのではないが、その債権は譲渡人のもので発生したものである。したがって、行使するのは譲渡人が有していた債権ということになる。その結果、譲渡債権に付着した抗弁事由もそのまま維持される。つまり、それを伴って譲受人に移転することになる。このことから、債務者は譲渡人に対する抗弁をもって譲受人に対抗することができる⁽¹³⁾ということが導かれるとするのである。

これにより、債務者は、異議なき承諾をしない限り⁽¹³²⁾、譲受人に対して有していた債権で譲受人と相殺することが

できるのと同様に、譲渡人に対して有していた債権をもってする相殺も認められたのである。その文言からすれば、自働債権の取得のみが要求されているかのようである。しかし、一般ラント法が当然消滅主義を採用しており (I. 16: § 301)、そのための要件として相互対立性が要求されていたことから、いまだ相殺適状にないうちに債権譲渡が行われると、相互対立性の欠如のゆえにもはや相殺は行われないことになる。そこで、債権譲渡前の相殺適状が要求されることになったのである。⁽¹³⁵⁾ただし、この規定は、両債権が異なる法律関係から生じたものであることを前提としており、両者が同一の法律関係から生じた場合には適用されないことに留意しておくはならない。⁽¹³⁶⁾

(3) 問題提起

後期普通法学説においては、それまでの当然消滅主義を排し、相殺するかしないかを当事者の自由意思に委ねようとする動きが現れた。それとともに債権譲渡と相殺に関する問題も変化が生じた。当然消滅主義のもとでは、債権譲渡以前に相殺適状が生じていれば、その時点ですでに譲渡債権は消滅していたのであるから、債務者は譲受人に相殺を主張し得るとされていた。ところが、厳密に考えると、この場合は相殺の抗弁ではなく、相殺によって消滅したという債務消滅の抗弁のはずである。つまり、すでに消滅した債権が譲渡されたと促えることができるのである。⁽¹³⁵⁾反対に、債権譲渡の時点でいまだ相殺適状になれば、相互対立性が欠如することによって、もはや相殺することはできなくなる。⁽¹³⁶⁾

このような ipso jure 論に基づいた債権譲渡と相殺の関係も、—— 適及効が認められるにせよ —— 相殺が訴訟上の抗弁によって、あるいは裁判官の認容判決によってなされるところならば、⁽¹³⁷⁾ たんに相殺適状にあるというだけで

確定的な債務消滅効は生じないことになる。そのため、相殺適状後に債権譲渡が行われた場合であっても、相殺適状によって直ちに債務が消滅したものとみなされない以上、債務者は債務消滅の抗弁を提出することができず、相殺を認めるためにはその前提たる相殺権自体を保護ないし維持する必要がある。そこで、あらためて別の理由付けが探求されることになる。すなわち、これは、当然消滅主義から意思表示による相殺へと変遷することにより、相殺適状の意味が変わり、その時点で直ちに債務消滅効が生じないことから生じた問題——したがって、後期普通法学説においてはじめて問題とされた——といい得るのである。そこでは、日本の判例においてみられたように、相殺が認められる範囲が拡大ないしその要件が緩和されていくことになるのであるが、その展開を次ぎに見ていくことにする。

（4）学説の展開

Krug は次のように述べる⁽³⁸⁾。まず、第一に考えられるのは、債権譲渡によって債務者の地位を悪化させてはならないという理由付けである。しかし、このような債務者保護論は、一般的なものとはなっていない。また、譲渡人との間の人的な抗弁はそもそも主張しえないし、譲渡後に譲渡人に対して取得した抗弁も主張しえないことからすれば、いずれにせよ債務者の権限が狭められること（Schmälerung）は債権譲渡において不可避な（unzertrennlich）こととなる。そこで、第二の主張が重要となってくるのである。それは、譲受人に対しても主張することができる抗弁の中に、自働債権の存在によって取得する相殺の抗弁も含まれるというものである。これは、結局、相殺適状によって両債権がすでに消滅することによって、その後に債権譲渡が行われても譲受人に相殺を対抗できるということと同じことを意味するのである。そのため、譲渡通知時点で *ex ibel*（請求可能であること）を条件として、譲

受人に相殺を對抗できることになる。したがって、譲渡通知時点で自働債権が発生していたとしても、弁済期末到来の場合は相殺できないことになる。⁽¹³⁹⁾

Krugの功績は、相殺適状によって債務が当然に消滅するものではないにせよ、譲受人に對抗できる抗弁事由に相殺を含ませるため、それまで関心がもたれていなかった弁済期の問題に焦点を当てたことにある。ただ、厳密に言えば、相殺適状を必要とするのか、自働債権の弁済期が到来していればよいのかは、判然としない。

Sintenis⁽¹⁴⁰⁾ Koch⁽¹⁴¹⁾ Vangerow⁽¹⁴²⁾ 及び Windscheid⁽¹⁴³⁾ らも、譲渡通知時点で弁済期があれば相殺を譲受人に對抗することができるとするが、それはすでに取得した権限が債権譲渡によって奪われてはならないからだとする。ただし、自働債権の弁済期が到来したのみで足りるのか、両債権とも弁済期が到来していることが必要なのかについては明確な記述はない。

この点、Gruchot「旧説」は次のように述べている。債権譲渡が行われた場合、債務者は譲渡人に主張しえた抗弁を譲受人にも主張することができるが、反対に譲渡人に主張しえなかったことは譲受人にも主張することはできない。このことからすれば、債権譲渡の時点で相殺適状にあれば、それによって両債権は消滅したものとみなされるがゆえに、譲受人に対しても主張することができる。その結果、債権譲渡時点で両債権は、相殺をするための要件である同種性・弁済期の到来、つまり相殺適状になければならないということになるのである。⁽¹⁴⁴⁾

ところが、Gruchotはさらに進んで、譲渡債権が請求された時点で債務者の有する自働債権の弁済期が到来していなければならないとしており、そこから譲渡通知時点で両債権とも弁済期が到来している必要はなく、自働債権の弁済期さえ到来していれば、譲渡債権の弁済期が譲渡通知後に到来する場合であっても相殺を對抗することができるとし、同様の理を認めている判例に賛意を示している。⁽¹⁴⁵⁾ ただ、債権譲渡の通知によって債権が譲渡人から確定

的に切り離されると考えられていたことから、抗弁事由の存否について判断基準時は債権譲渡時ではなく、譲渡通知時点であることが一般的に承認されていた。⁽¹⁴⁷⁾ そのため、この問題の基準時は譲渡通知時点であることに変わりはない。その結果、①自働債権が譲渡債権よりも先に弁済期が到来し、しかも②それが譲渡通知時点で弁済期到来していることを要件として、譲受人に対して、相殺し得るとするのである。⁽¹⁴⁸⁾ つまり、譲渡通知時点で相殺適状にあるか、あるいは少なくとも自働債権の弁済期だけは到来していなければならないとするのである。

Seuffert による⁽¹⁴⁹⁾ 債務者が、譲渡通知以前に弁済する権限を有していた限りにおいて、債権譲渡は相殺の妨げとならない。これに対し、自働債権が譲渡通知時点で弁済期未到来であれば、相殺することはできないとする。

Eiseler も、次のように述べる。⁽¹⁵⁰⁾ 債務者は、譲渡人の一方的な行為によってその法的地位を悪化させられてはならないことからすれば、譲渡通知時点で両債権とも弁済期にある場合、すでに相殺することができたのであるから、その権利は維持されるべきである。さらに、自働債権の弁済期が譲渡通知時点ですでに到来していれば、譲渡債権の弁済期が未到来であっても、債務者は期限の利益を放棄して相殺することもできる。つまり、期限の利益を放棄して、それによって両債権の弁済期が到来し、相殺権を生じさせることができるのである。これに対し、譲渡通知時点で両債権とも弁済期未到来であった場合には、その時点で譲渡人に相殺するという可能性は現実化していないことから、相殺はできないとする。

これらの説にあっては、結局、相殺適状によって相殺権が発生するものとして、あるいは自働債権の弁済期到来をもって相殺権が発生していることによって、債権譲渡があってもこの相殺権が保護されるとするのである。すなわち、債権譲渡が行われても債務者が譲受人に対抗することができ抗弁に相殺権が含まれるとしつつも、譲渡通知時点で少なくとも自働債権の弁済期が到来していなければ相殺権は発生していないとするものであ

る。

このような説に対し、さらに要件緩和を強力に主張し、譲渡通知時点での自働債権の弁済期到来すら不要とする見解が Denburg によって提唱された。⁽¹⁵⁾ 債権譲渡が行われても相殺可能性を維持する根拠は、債権譲渡における債務者保護論、すなわち譲渡人の一方的な行為によって債務者の法的地位を悪化させてはならないということである。そのため、譲渡通知時点で相殺適状にある必要はなく、債務者が相殺を主張する見込み (Ansicht)、それは債権譲渡がなければ相殺することができたであろうという見込みを有していれば十分であるとする。そして、この規律を個別的に適用して、次のように主張する。①譲渡通知時点で自働債権の弁済期は到来していたが、受働債権の弁済期未到来の場合、ローマ法以来期限の利益は債務者のためにあるものであるから、期限の利益を放棄して相殺しえたというだけで十分であり、この場合には相殺できる。②これに反し、その時点で受働債権の弁済期は到来していたが、自働債権の弁済期未到来であった場合には相殺できない。債務者が自己の債務を遅延し、相殺適状をもたらしただで相殺するという期待は顧慮に値せず、保護されない。③譲渡通知時点でいずれの債権も弁済期未到来であった場合、それでもその後自働債権の弁済期が先に到来する関係にあれば相殺し得る。弁済にかえて相殺によって譲渡人の債権を消滅させる確実な期待を有しているからである。反対の場合には②と同様に相殺は認められない。

このようにして、相殺の対外効を、債権譲渡における債務者保護論をベースにして、債権譲渡なかりせば相殺を主張しえたであろうという債務者の見込み、しかもそれが確実な見込みがある場合にのみ認めるのである。

Gruchot もほどなくこの説に同調するに至った。⁽¹⁶⁾

やうに、Forster/Eccius も、自働債権が、通知時点で弁済期にあるか、自己の債務の弁済期までに到来する関係

にあれば、相殺権は基礎付けられると主張する⁽¹³⁾。

そうなると、これらの説にあっては、債権譲渡が行われても相殺権は保護されるとしつつ、この相殺権は譲渡通知時点で両債権の弁済期が到来していなくとも、その後到来する弁済期について自働債権の方が先であれば発生するとする。すなわち、相殺権には相殺することができたであろうという確実な見込みが含まれるのであり、そのためには自働債権の弁済期が先に到来する関係になければならないとするのである。

ところで、一九世紀末にはさらにすすんで、弁済期の先後を問わず、譲渡通知時点での自働債権の存在のみが要件とする説も現れた⁽¹⁴⁾。Onsorge は、次のように述べる⁽¹⁵⁾。二つの債権が対立するというこのみで相殺権は発生し、その後に債権が譲渡されるということは、とくに考慮されるべきではない。したがって、自働債権が条件付き・弁済期未到来であったとしても、それによって相殺権の取得が阻まれるのではなく、条件成就・弁済期到来まで債権行使が制限されるだけであって、相殺権自体は取得している。さらに、受働債権の弁済期が先に到来する関係にある場合であっても、両債権の対立によってすでに相殺権は発生しており、問題は受働債権が、自働債権の弁済期到来前に行使されるかどうかだけである。相殺権という権利を行使していないからといって、債権譲渡という自己が関与していない事情によってそれが侵害されてはならないということを根本思想とし、結局、相殺権の発生に関しては二つの債権の対立のみが要件とされ、相殺のほかの要件、例えば同種性や弁済期の到来などは相殺権を行使する要件として意味を有するにすぎない。このように、相殺権行使の要件と、第三者関与時点で必要とされる要件を明確に区別し、後者にとっては自働債権の存在のみをもって足りるとする。そして、双方の債権が対立することによってひとたび生じた相殺権は、債権譲渡によっても害されるものではないとするのである。

Lippmann も、次のように主張する⁽¹⁶⁾。弁済期の問題は、偶然に左右されるものであり、債務法においてはそもそも

も副次的な要素である。それは弁済の問題であり、相殺について意味を有しているのではない。また、弁済期到来まで、債権者は債務者に対して信用を供与しているのであり、弁済期到来によって信用供与は終了する。したがって、債務者の相殺可能性が、自働債権の弁済期到来からはじまるとすることは、当事者の意図に反するものである。

注

- (125) この点の詳細については、Bornemann, W., Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, III. Bd., 1835, S. 152 ff.
- (126) 債権譲渡に関する沿革については、Schumann, H., Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen englischen Recht, 1924, Windscheid, B., Die Actio des römischen Civilrechts, 1856, S. 121; Bornemann, a. a. O. (Fn 125), S. 120 などを参照。
- (127) Francke, Ueber diadem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegenstehenden Einreden, AcP16(1833), S. 419ff.
- (128) しかし、このような区別は Mühlenbruch の批判を受けて以来、後期普通法学説にはまったく受け入れられなかったとされる。相殺の抗弁が、相殺可能な自働債権の存在によってすでに基礎付けられ、取得されたものである以上、自働債権を主張債務者が主張したかどうかは考慮に値しないこと、譲渡が有償か無償かで債務者の権利に消長をきたすことは妥当でなく、などが理由とされている (Krug, A. O., Die Lehre von der Compensation, 1883, S. 168 f.)。
- (129) Dernburg, H., Geschichte und Theorie der Compensation nach römischen und neuem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung, 1868, S.403; Lippmann, a. a. O. (Fn 24), S. 191.
- (130) Forster, F., /Eccius, M. E., Preußisches Privatrecht, I Bd., 7. Aufl., 1896, S. 668.
- (131) Francke, a. a. O. (Fn 127), S. 417 ff.

- (132) 債務者が債権譲渡につき異義なき承諾をすると、譲渡人に対して有していた抗弁を譲受人に対抗することはできなくなる（I. 16, §341）。債権譲渡に関する研究において、池田教授は、日本法四六八条一項の無留保承諾による抗弁権切断効は日本法独特のものであるとされ、解釈としては旧民法およびフランス民法を参照すべきであるとされる（池田真朗『債権譲渡の研究』（平成五年、弘文堂）三二〇頁以下）。解釈方法論に関する争いを別にしても（この点については、道垣内弘人『民法学のあゆみ』法時六二卷一〇号（平成二年）七八頁、池田真朗『論文批評における方法論の問題』法時六二卷一二号（平成二年）一一八頁、安達三季生『法解釈学（実定法学）方法論と債権譲渡の異義を留めない承諾』法学志林九一卷四号（平成六年）四三頁、大村敦志『債権譲渡の研究』を讀む』NBL五三六号（平成六年）四〇頁、など）、比較参照すべきはALLRの規定であらうと思われる。
- (133) Mühlentbruch, C. F., *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, II. Theil, 2. Aufl., 1838, S. 543f. は、相殺自体が *ipso jure* に生ずることから、当然に相殺適状にあることを要求する。また、後掲注（157）以下にあげる判例参照。なお、v. Wening-Ingenheim, *Lehrbuches Gemeinen Civilrechtes*, II. Bd., 5. Aufl., 1837, S. 163. は、*ipso jure* を採用して、相互対立性の例外として、債権譲渡の場合の相殺を認めている。
- (134) 弁済期の問題はすべて、両債権が *ex dispari causa*（異なる原因に基づいて）発生した場合を扱っており、*ex eadem causa*（同一原因に基づいて）発生した場合については、適用されない。両債権が同一の契約によって発生した場合（双務契約上の反対債権）には、債権譲渡後に弁済期が到来しても、相殺が認められることについて、異論はない（例えば、Koch, C. F., *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, I. Theil, Bd. II., 1853, S. 450, Anm. 13; Gruchot, *Zur Lehre von der Compensation bei Cessionen*, GruchB.I (1857), S. 389f; Dernburg, a. a. O. (Fn 129) S. 409; Eisele, F., *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, 1876, S. 309, など）。
- (135) Krug, a. a. O. (Fn 128), S. 170.
- (136) Lippmann, a. a. O. (Fn 24), S. 193.
- (137) この間の経緯については、拙稿「相殺適状を与える両債権への影響について——当然消滅主義から意思表示による相殺への変遷——」獨協法学四〇号（平成七年）四一六頁以下参照。
- (138) Krug, a. a. O. (Fn 128), S. 169ff.

(139) この時代、相殺の行使を当事者の意思に依存させることが承認されたにせよ、当事者の意思表示があるまで両債権はまったく独立しているとする立場からみた相殺適状と異なり、相殺適状後の弁済を非債弁済として返還請求権を認めるなど、相殺適状にかなりの意義を認めていたことは確かである。すなわち、確定的な債務消滅とまではいわないとしても、不確定ながら相殺適状によって効果が発生していると考えられていたのである(拙稿・前掲注(137)四二〇頁以下)。このことからすれば、相殺適状によってなんらかの権利・抗弁が発生しており、債権譲渡が行われてもそれが維持されていくとする構成は、あながち不当とはいえないことになる。

- (140) Sintenis, C. F. F., Das practische gemeine Civilrecht, Bd. II., Das Obligationenrecht, 1847, S. 414. Anm. 13.
- (141) Koch, C. F., Das Recht der Forderungen, II. Bd., 2. Aufl., 1859, S. 707, 709.
- (142) v. Vangerow, K. A., Leitfaden für Pandekten=Vorlesungen, III. Bd., 1847, S. 116. Anm. 1.
- (143) Windscheid, B. / Kipp, T., Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Bd., 9. Aufl., 1906, S. 491 und Anm. 21.
- (144) Gruchot, a. a. O. (Fn 134), S. 386ff.
- (145) 未見であるが、通常は次の判例があげられる。Pr. Ob=Tr. v. 23. 4. 1842. Entsch. Bd. 7, 355.; v. 14. 2. 1850. Entsch. Bd. 20, 190.
- (146) Gruchot, a. a. O. (Fn 134), S. 388f.
- (147) SeuffA. 6, 25. Bähr, O., Zur Cessionslehre, JherJb. 1 (1857), S. 369; Windscheid/Kipp, a. a. O. (Fn 143), S. 377f.
- (148) Gruchot, a. a. O. (Fn 134), S. 390.
- (149) Seuffert, J. A., Praktisches Pandektenrecht, II. Bd., 4. Aufl., 1867, S. 175. Anm. 6.
- (150) Eisele, a. a. O. (Fn 134), S. 308ff.
- (151) Dernburg, a. a. O. (Fn 129), S. 405ff.
- (152) Gruchot, Compensation bei Cessionen, GruchB. 19 (1875), S. 353.
- (153) Förster/Eccius, a. a. O. (Fn 130), S. 668.
- (154) 古くは Wening=Ingenheim, a. a. O. (Fn 133), S. 163. が、通知時点での自働債権の発生のみを要件としている。同頁に於ける注におおむね弁済期に注目するKrugの説を紹介していることからみると、弁済期の問題についてまったく無関心で

あつたとはいえない。そうなるべし、いふべしに含めるべきこととなる。なほ Puchta, A. A. F., Vorlesungen über das heutige römische Recht, II. Bd., 6. Aufl., 1874., S. 136. の同旨なり。

(15) Ohnsoerge, Zur Lehre von der Aufrechnung, Jherjb. 20 (1882), S. 299ff., 302ff., 305.

(16) Lippmann, a. a. O. (Fn 24), S. 191ff. insbe. S. 197. Anm. 2.

(二) 判例

相殺が当事者の意思表示によってなされとする学説が主流を占めるに至った一九世紀半ばを過ぎても、判例は、債権譲受人に相殺を主張するためには相殺適状を要件としていた。その理由とするところは、譲受人が譲渡人の権利承継人として権利行使することができるものであるから、譲渡人に対して主張しえた抗弁事由のみを譲受人に対抗することができ、そのため自働債権の弁済期が到来していなければ、譲渡人に対しても相殺を主張しえない以上、譲受人に対しても主張し得ない。⁽¹⁵⁾あるいは、相殺の要件が譲渡通知時点すでに存在していなければならぬ⁽¹⁶⁾、相殺の抗弁が基礎付けられていなければならない⁽¹⁶⁾、弁済期の到来によって相殺の抗弁が発生するのであるから、譲渡通知前にそのようになっていなければならない⁽¹⁶⁾、といったことなどが挙げられていた。

しかし、一八八一年三月二日の判決⁽¹⁶⁾では、自働債権の弁済期が遅れて到来するため結果的には相殺を否定したのであるが、譲渡通知時点での相殺適状を問題としていない。すなわち、譲渡債権はすでに弁済期が到来し、債務者の有する債権の弁済期が譲渡通知後に到来するものであったが、譲渡債権が訴求されている間に到来したという事

案につき相殺を認めた原審を破棄するにあたり、次のように述べた。債権譲渡において「譲受人は、譲渡された権利を譲渡人が有していたのと実質的には同じ範囲で、つまりそれに付着するあらゆる制限とともに取得する。それゆえ、譲渡人に対して主張することが許されるあらゆる事情、つまりもともとの債務を阻止ないし滅却するものすべてが影響を与える」。しかし、譲渡通知によって「債務者と譲渡人との間の法的関係は切り離され、・・・譲渡債権について債務者は譲渡人と交渉することが禁じられ (ALR 1.11, § 414)、譲渡通知がなされる以前に譲渡人に対して請求し得たことのみを譲渡債権と差し引きすることができる (ALR 1.16, § 313)」。しかし、相殺は弁済と同様に債権を消滅させるものであるがゆえに、相殺に供する債権は弁済期になければならない。すなわち、譲渡債権に対して弁済として主張し得るものでなければならないのである。それゆえ、債務者が『譲渡の通知以前に譲渡人に対して請求し得たこと』に基づいて譲渡債権と相殺することを規定している一般ラント法三一二条の場合にも、弁済期到来は必要なことである。・・・ただ、譲渡通知が債務者と譲受人との間の直接的法律関係を基礎付けること、譲渡債権に関する債務者の抗弁権と相殺権は通知時点をもって——譲受人のもとから切り離されることによつて——限定・制限されること、相殺による弁済行為が通知時点あるいは遅くとも譲渡債権の主張時点における自働債権の態様によって判断されることから、・・・自働債権が譲渡債権よりも遅れて弁済期が到来する場合には同三一二条の相殺は認められないということを受け入れなければならない。本件の場合、「自働債権の弁済期は譲渡債権の訴訟進行中に到来したものである。・・・譲受人としての原告の権利が譲渡通知によって強化され、これに基づいて被告(債務者)に直接取立がなされたにもかかわらず、遅れて弁済期が到来した自働債権によってこの権利がそこなわれてはならない。・・・譲受人である原告に譲渡人の反対勘定をつけるために、自己の債務の支払いを躊躇し、引き延ばして自己の債務の弁済期到来によって譲受人の権利を消滅させることは認められない」。

この理をさらに展開し、次の判例は、第三者関与時点での相殺適状を不要とすることを明確に述べるに至った。すなわち、一八八四年一月五日判決によると、たとえ自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する関係にあったとしても、いずれも譲渡通知時点で弁済期になれば相殺することができないとした控訴審判決は「プロイセンの実務・学説に反する。これによれば、自働債権が譲渡通知時点で存在し、かつ受働債権よりも先に弁済期が到来することである。この考え方は、ALR. I. 16, § 313 に反するものではない。『請求できた』という表現は、弁済期の到来を意味するものではなく、債権の存在を意味するものである。これに対する制限は、むしろALR. I. 16, § 407, 408, 413 に見出だされるべきである。譲渡通知時点で債権が譲渡人のもとから切り離されることによって、債権はこの時点の状態で固定される。譲渡債権がこの時点で弁済期にあるが、自働債権のそれがまだ到来していなければ、相殺の抗弁を對抗されることなく、譲渡人は取り立てることができたのであるから、債権はこの状態のまま譲受人に移転することになる。……これに対し、譲渡債権が通知時点で弁済期になく、自働債権はすでに発生していて、その弁済期が譲渡債権と同時に到来するならば、相殺することはすでに債務者の意のままであり、債権はこの相殺適状を維持しながら譲受人に移転する。これが否定されるとするならば、債務者の責任が債権譲渡によって悪化されるはならないとするALR. I. 11, § 408 の原則を無視することになる。相殺債権が自働債権の弁済期到来をもってはじめて発生するとは主張し得ない」。

このようにして、ドイツ普通法時代の判例も、譲渡通知時点での弁済期到来は必要でなく、少なくとも自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する関係にあれば相殺権の発生を認め、これに基づいて譲受人に対抗することができるとしたのである。

注

(157) SeuffA. 1, 30.

(158) SeuffA. 6, 177.

(159) SeuffA. 12, 18.

(160) SeuffA. 14, 22.

(161) RGZ 4, 255.

(162) RGZ 11, 301.

(163) なお、すでに一八六〇年七月一六日の判決において、ALR I. 16 § 303.ではなく、ALR I. 11 § 408. (債権譲渡における債務者保護規定) に基づいて、譲渡通知時点での自働債権の弁済期到来は不要であり、その時点で自働債権が発生しており、しかもその後に来る弁済期について受働債権よりも先に到来すれば、相殺を認めることがすでに承認されていた (SeuffA. 14, 22. Ann. 1)。

(三) BGBの成立過程

このようにして、相殺の第三者効を認める範囲が拡大されていく傾向にあるなか、BGB立法のために第一次委員会に提出された債務法の部分草案は、次のように規定されていた。⁽¹⁶⁴⁾

第四章 債権債務の特定承継

1 債権譲渡

二二条 「債権譲渡時点で譲渡債権につき債務者が旧債権者に有していた抗弁は、これを新債権者にも対抗することができる。しかし、その抗弁が旧債権者の人的なものに関する場合には対抗できない。譲渡を知る以

前に、債務者が旧債権者に対して有していた債権は、これを新債権者に対しても相殺に供することができ
る。・・・」

この規定は、要約すると、次のように説明されている。⁽¹⁶⁾

譲渡人に対する債権をもって譲受人に対しても相殺の抗弁を対抗し得るとする点では各立法例と一致している。
そもそも債務者は、債権譲渡が行われても譲渡人に対する債権をもってする相殺権を有している。なぜなら、債権
者が債権を譲渡することによって次のような不利益を債務者に与えるからである。すなわち、おそらく債務者は自
己の債務を自己の債権で縮減させ、あるいは相殺できるとの期待のもとに自働債権を取得したにもかかわらず、債
権譲渡が行われることによって債務者は自己の債務を新債権者に弁済し、自己の債権を譲渡人から取り立てなけ
ばならないことになる。したがって、債務者は譲受人に対する相殺を認められることによって保護される必要があ
るのである。そして、債務者は、相殺に供する債権を譲渡後であってもその通知前に取得していれば、その債権を
もって譲受人に相殺を対抗することができる。たしかに、債権譲渡がなされれば、譲渡債権の債権者は譲受人であ
り、たとえ通知前であっても譲渡後に債権を取得すると、債務者は譲渡人に対して相殺するという権利は一度も生
じなかったことになる。それゆえ、相殺の抗弁も他の抗弁同様に、債権譲渡の時点を基準とすることになる。それ
にもかかわらず、草案は債務者の状態を公平に考慮して、譲渡後であっても通知前に取得した債権による相殺を認
める。これにより、草案は、ザクセン民法、ドレスデン民法草案に従うものである。ちなみに、ドレスデン民法草
案の委員会審議では次のように主張された。譲渡を知らない債務者は債権者の信用を与えることに疑念をはさま
い。相殺の可能性によって保護されていると考えるからである。それにもかかわらず、譲渡後に取得した債権を
もって相殺を認めないとなると、債務者は債権譲渡によってその地位が悪化することを余儀無くされてしまう。そ

れゆえ譲渡の認識前までに取得した債権をもってする相殺を認めることによって、債務者を保護する必要がある。

第一次委員会での審議では、譲渡の認識を得た時点で債務者が有していたあらゆる債権を相殺に供することができるという部分草案が公平であるとする点で過半数を占めた。⁽¹⁶⁷⁾ところで、両債権の弁済期に関する問題については、「譲渡通知時点で自働債権が、まだ弁済期にない場合には相殺は認められない。」とする動議が却下され、さらに、譲渡通知時点で自働債権の弁済期が到来し、あるいは譲渡債権の弁済期よりも遅れない場合にのみ相殺が認められるとする動議も同じく却下された。これにより、自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来する必要はなく、自働債権の弁済期は相殺を主張する時点で到来していれば十分であるとの考え方が承認された。これは、一方では、それまでに規定された原則と十分調和するものであるとともに、他方においては、これが債務者の利益に資する優先的考慮を最高に保護するものであるとの考え方に基づいてなされたものであった。

この結果、編纂委員会に回された後、第一草案として成立したのは次のものである。

三〇三条 「債務者は、譲渡の認識を得た時点ですでに有していた譲渡人に対する債権を、譲受人に対しても相殺に供することができる。」

Motive によると次のように説明されている。⁽¹⁶⁷⁾

債務者は譲渡人に対する債権をもって譲受人に対しても相殺に供することができる。この基準は、譲渡時点ではなく、債務者が譲渡を認識した時点であるとすることは、「草案三〇四条の善意債務者保護と関連したものである。これは、他の法典、普通法の理解とも一致したものであり、公正さと実務的な配慮に基づくものである。相殺するという債務者の法的状態が債権譲渡によって狭められることは許されない」。この規定から明らかなように、「債務者

が譲渡人に対して有する債権をもって相殺するには、相殺を主張する時点でその債権が弁済期にあれば十分である。これによって、相殺権は、自働債権が債務者の譲渡認識時点ですでに弁済期にあることを条件としないし、譲渡債権よりも遅れて弁済期が到来することによって排除されるものでもない」。

ところが、第二次委員会に提出する前のライヒ法務省 (Reichsjustizamt) の準備委員会で、債権譲渡と相殺に関する草案三〇三条に時的制限、すなわち債務者の有する債権が譲渡後に、しかも譲渡債権よりも遅れて弁済期が到来する場合には相殺し得ないとの制限が付加された。⁽¹⁶⁸⁾ 差押との関係では、すでにこちらのほうが先に審議されていたため、この時的制限を加えるかどうかは草案三〇三条の審議結果を踏まえた上で決定されるとの留保がつけられていた。⁽¹⁶⁹⁾ そのため、草案三〇三条の修正が決定された後、草案二八六条（差押と相殺）も修正されることになった。⁽¹⁷⁰⁾ したがって、その準備委員会の決定後になされた条文には現行規定の原型が見いだされる。

この間の経過については、第二次委員会の審議結果を踏まえた Protokolle によってしか伺い知ることができない。それによれば、草案三〇三条に対して以下のように修正する動議が提出された。

「債務者は旧債権者に対して有する債権を新債権者に対しても相殺に供することができる。ただし、債務者が自働債権を取得した時点で譲渡を知っていた場合にはこの限りでない。

自働債権がその時点以後に、かつ譲渡債権よりも遅れて弁済期が到来する場合には、相殺は許されない。」この動議は採用された。これは二つの点で草案の事実上の修正を目論んでいる。第一は、譲渡に関する債務者の認識についての挙証責任を債権者に課すことである。草案三〇四条の挙証責任に関する同様の規定を考慮することによって、この変更は承認された。この意味するところは、債務者の相殺可能性を広く認めた Demburg ですら、自働債権が存在していることとならんで、その弁済期が譲渡債権よりも先に到来するものであることの挙証責任は債

務者が負うとしていた。相殺が弁済と同旨されることから、訴訟上の性質として、このような債務者の状態悪化は仕方がないものとされた。⁽¹⁶¹⁾ しかも、この考えは、学説・判例とも一致したものであった。⁽¹⁶²⁾ それを、譲受人に負わせることが考えられたのである。第二は、二八六条で規定された時的制限に基づいて、差押えられた債権に対する相殺が制限されるのと同じ方法で、相殺を制限することである。⁽¹⁶³⁾ ちなみに差押との関係においてこの時的制限が付加された理由としては、債務者が負っている履行を、自働債権の弁済期まで引き延ばすことによって、相殺するための権利を生み出すことは許されないというものであった。⁽¹⁶⁴⁾

注

(164) v. Kübel の草案に対する一八七七年の審議においては、債権譲渡後ではあるが譲渡通知前に生じた自働債権を相殺に供し得るかどうかについて、相殺の審議終了後まで判断を延期すべきであるとの動議を却下し、次のように決定された。譲渡通知以前に取得した債権を譲受人に対して相殺に供し得ることについては、全員一致で認められ、さらに譲渡後ではあるがその通知前に取得した債権をも相殺に供し得ることは多数決によって決定された (Jakobs, H. H. / Schubert, W., Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse, I, 1978, S750f.)。

(161) Schubert, W. (herausg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, Teil I, Allgemeiner Teil (verfasser: v. Kübel, F. P.), 1980, S. 979.

(162) Jakobs, H. H. / Schubert, W., a. a. O. (Fn164), S. 795ff.

(163) Motive zur dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 131f.

(164) Jakobs / Schubert, a. a. O. (Fn164), S. 798.

- (169) Jakobs/Schubert, a. a. O. (Fn164), S. 709.
- (170) Jakobs/Schubert, a. a. O. (Fn164), S. 709. Anm. 9.
- (171) Dernburg, a. a. O. (Fn129), S. 410f.
- (172) Gruchot, a. a. O. (Fn134), S. 392.
- (173) Achilles/Gebhard/Spahn, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I., Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I., Abschn. II., Tit. I., 1897, S. 391.
- (174) Achilles/Gebhard/Spahn, a. a. O. (Fn173), S. 374.

(四) 小 括

債権譲渡が行われても、譲受人は譲渡人のもとで発生した債権を行使するため、債務者は譲渡人に対して主張しえた抗弁を譲受人に対しても主張することができる。あるいは、譲渡債権に付着する瑕疵もともに移転するため、それを譲受人に主張することができる。この抗弁事由の中に、債務者の有する債権の主張、すなわちその債権との差引も含まれるのは当然視されていた。これらの抗弁事由は、債権譲渡が行われた時点ではなく、その通知がなされた時点までに発生していれば、十分である。債権の移転につき債務者の関与が不要となり、債権譲渡が認められることによって、それがなされると直ちに譲渡債権は譲受人に移転するのであるが、その通知が債務者になされることによって、はじめて譲渡債権は譲渡人から切り離されることになるとの考えが形成されていくことになった。ところで、相殺の場合、当初は譲渡通知時点での相殺適状が求められていた。相殺がなんら人の行為なしに相殺

適状によって当然行われると考えられていた時代には、相殺適状の後に債権譲渡が行われると、すでに生じた相殺を対抗し得るが、それ以前であれば、相互対立性の欠如のゆえに、もはや相殺は生じない。ところが、相殺が当事者の意思表示によって行われるとの主義が採用されることによって、相殺適状によっても確定的な債務消滅効は生じない。そこで、この場合にも相殺を認めるために、別の理由付けが探究された。まずは、相殺適状によって相殺できるとの抗弁が発生し、これをもって譲受人に対抗することができるとする。ところが、相殺は必ずしも両債権の弁済期が到来していなければならないものではなく、債務者が自己の債務の弁済期につき期限の利益を放棄することができるのであれば、それによって相殺適状をもたらすことができる。そこで、自働債権の弁済期到来のみが要件とされることになった。そして、さらには、債権譲渡における債務者保護論に基づいて、たとえ譲渡通知時点で弁済期になくとも、その後到来する弁済期につき、自働債権が先に到来する関係であれば、債務者は相殺し得るとの期待を有しており、これは保護されるべきであるとする⁽¹⁷⁾。そして、BGBの立法過程では、さらにこれを越えて、譲渡通知時点で自働債権が存在しているだけで十分であり、両債権の弁済期の先後関係を問わないところまで行き着いた。

このような変遷は、相殺権の発生あるいはその内容に対する理解の差に基づいているものと考えられる。すなわち、当初は、債権譲渡が行われても相殺するためにはその通知時点で相殺権が発生していなければならず、相殺権は相殺適状によってのみ発生するものであるから、譲渡通知時点での相殺適状が要求された。次いで、譲渡通知がなされた後でも自働債権の弁済期が先に到来するのであれば、債務者は相殺することができたのであるから、この状態を保護するために譲渡通知時点での弁済期到来を不要とすることが考えられ、ここでは両債権の弁済期がそのような関係にあれば相殺権が発生するものとされた。すなわち、相殺権は相殺適状によってのみ生ずるものではな

く、自働債権の弁済期が先に到来する関係にあることによって発生するものとされたのであった。そして、ついには、相殺権は両債権の対立状態によってすでに発生しているのであり、これを保護するためには譲渡通知時点での弁済期の先後関係を問わないとすることになったのである。しかし、このような考え方は最終的に修正されることになった。それは、自己の債務を遅延してまで相殺しようとする者に対して相殺権を認めないとするものである。本来は自己の債務を先に履行しなければならない者が、つまり通常であれば相殺することができない関係にある者が、不誠実な行為によって両債権を対立させ、もって相殺することは認めないとするのであり、このような者に対してまで相殺権を発生させるものではないとするのである。

注

(175) 相殺可能性が保護されていく過程において、相殺の要件の一つである *Liquidität*（債権の明白性）の理解の変遷が重要な意味を有していると考えられる。この要件は、すでに古くローマ法の *Justinian* においても必要とされ、現行フランス民法一二九一条も要件の一つに数え上げている。しかし、ドイツ法では、後期普通法において、それは実体法上の要件ではなく、訴訟法上の要件とされた結果、通知時点での弁済期に関してもその要件が脱落することになった（*Dernburg, a. a. O. (Fn129), S. 407. Anm. 1; Ohnsorge, a. a. O. (Fn155), S. 292. Anm. 4; Lippmann, a. a. O. (Fn24), S. 193. 日本文献としては、河野正憲「不適法な相殺の抗弁とその実体的効果」『当事者行為の法的構造』（昭和六三年、成文堂）三五頁）。これにより相殺可能性が広がった。しかし、そもそも相殺の抗弁を貫徹するために *Liquidität* が必要かどうかは解釈学派からの対立があり（必要説は *Cujaz* 不要説は *Donell* とされる。Vgl. Hasse, *Ueber die Compensation und ihre Liquidität, AcqP (1824), S145f.*）明らかに検討を要する問題である（なお、*Liquidität* が不要とされたことによる問題が「部請求の場合に生ずるこの指摘を」、これを論ずるものとして *Dietrich, Die Aufrechnungslage, AcP 170 (1970), S. 534 (538)* がある）。*

四 若干の検討

相殺することによって、両当事者がそれぞれ債務を実現するという無用の手数が省かれることになり、一方債務のみが強制されるということも回避される。また、両者の有する債権が対等額で消滅することによって、両者の有する債権が数額上あい等しいものと扱われ、しかも一方当事者が無資力になっても相手方の債務のみが実現されるということも回避される。さらには、同種の債権・債務を有するに至ったのは、それぞれが互いにカバーしあっているものとし、自己の債権の回収のために自己の債務を引当にするとの期待のもとにそのような状態を生じさせる場合もある。このようなことからすれば、相殺には簡易決済機能・公平維持機能があり、さらには担保視しているという状態から相殺が行われるということも生ずる。しかしながら、これらのことは二当事者間においてのことであり、このような関係が直ちに第三者に対しても主張し得るかどうかは別の考慮が必要になる。⁽⁷⁸⁾すなわち、相殺が行われるとその分債務者の一般財産が減少することになって、第三者に深刻な影響を与えるため、そのような相殺を第三者に貫徹するにはさらに検討することが必要になるのである。

そこでまず、公平維持機能に関してであるが、一方当事者の無資力の場合に相殺を認めることが直ちに第三者に対する相殺の肯定につながるものではないと考えられる。確かに、両当事者の債務を同時に実現することは公平に資するものであるが、それは両当事者に限っていえることであり、この理を第三者に対して主張することとはその第三者との関係では不公平なものとなる。すなわち、両当事者の公平のために相殺をした結果、関与第三者には優先することになるのであり、問題は当事者の公平のために認められる相殺をそのまま第三者に対しても主張さ

せてよいかどうかということになる。

破産の場合、破産者に対して債務を負っている破産債権者は相殺することができ、この結果他の破産債権者に優先して自己の債権を回収したことになるが、このように他の債権者に対する優先性は破産法の規定から生ずるものであって、これが直ちに民法上の法定相殺に含まれる本質的な機能であるとはいえない。すなわち、一方債務者が無資力となった場合に、その無資力者からの債権行使は認めるが、相手方は割合的配分を受けるにすぎないことの結果をどう扱うかは、本来破産法の問題であって、⁽¹⁷⁾ しかもそれは法政策上の問題である。ドイツ破産法・日本破産法のように破産債権者の権利を保護して相殺を広範囲に認めるか、フランス破産法のように破産者の更生を重視し、破産債権者の権利を制限して相殺権の行使を狭い範囲でしか認めないかは一概に決定できるものではない。⁽¹⁸⁾ そうなると、一方の者が無資力になることによる公平維持の理由付けをもって第三者効を肯定することはすでに結論を先取りした議論であると考えられる。⁽¹⁹⁾ 当事者間で認められる公平維持機能を、相殺を第三者に貫徹することの理由とすることはできないのである。

このことはまた、担保的機能についても妥当する。確かに、当事者間では、すでに債権を有しているから新たに債務を負う、あるいはすでに債務を負っているから債権を取得するという状態が、両債権債務を差引するとの計算に基づいて生ずることもある。しかし、このような当事者の思惑が直ちに第三者に貫徹し得るものではない。このような計算が当事者間においてなされたとしても、これを実現することは実際に第三者に対して優先するとの結果をもたらすからである。第三者に対して影響を及ぼすものである以上、当事者間の事情のみを主張させることはできない。また、仮にAに対してB・Cが金銭債権を有していたとしよう。この場合、实际的にいずれが先に自己の債権を回収するかということを度外視すれば、法律上B・Cが互いに自己が優先するということは、Aの財産に担

保物権を有していない限り、主張し得ない。ところが、AがBに対して金銭債権を有していたとすれば、Bは相殺することによってAがBに対して有する債権を消滅させることができる。これは、B・Cを比較してBがCに優先したというものではない。対立債権があるという一事をもってCに優先するとの一般論は成り立ち得ない。⁽¹⁰⁾ すなわち、権利だけを有している者が、権利のほかにさらに義務をも負っている者に劣後するとの合理的根拠は見出だし難いのである。これはあくまでAの有する債権が相殺によって消滅した、つまりCの債権の引当となるべき一般財産から消失したというにすぎず、BとCのどちらが優先しているかという対立構造にはなっているわけではないのである。したがって、Bが仮にAの有する債権を担保視していたとすれば、それは質権あるいは相殺予約などによってCに対する優先効が判断されることになり、少なくとも法定相殺の場面ではそこまで保護されるものではない。ただ相殺が認められると、あたかもBはCに優先して自己の債権を回収し得たかのような結果を生ずる。これをもって担保「的」というのであり、ほかの非典型担保といわれる代理受領・振込指定などと同様に、なされた結果が優先的回収をもたらすものであり、なされる以前からそのような効力を第三者に主張できるものではないと考えられる。この結果、相殺の担保的機能とは当事者間で担保視している、つまり互いに引当としていたとの関係を指すものであるとともに、第三者が関与しても相殺が認められた結果、その関与第三者に対しても優先したとの状態を指し示すものであるといえよう。しかし、そこで自己の債権の実現といっても、現実的に債権内容を受領するのではなく、自己が債務から解放されるというものであることに留意しなければならない。

このようにして、相殺が有しているそれぞれの機能は当事者間において相殺が認められる理由付けにはなっても、関与第三者に相殺を主張するための理由付けは別に検討されなければならないことになる。

すでにドイツ法においてみてきたように、債権譲渡が行われても譲受人に債務者が相殺を対抗できるのは、相殺

権が譲受人に対抗することが出来る抗弁であるからである。相殺することが出来る権利、つまり相殺権は確かに相殺適状によつてはじめて生ずることになる。しかし、当然消滅主義から意思表示による相殺へ修正されたことにより、相殺適状によつて直ちに債務消滅効は生じない。そうすると、相殺権自体相殺し得るといふ期待の地位であることになる。⁽¹⁸⁾したがって、相殺可能性をもつて相殺権発生のためには十分である。問題はどのような場合にこの相殺権が発生するか、あるいは相殺の期待が保護されるかである。

すでにみてきたように、相殺の可能性が保護され、第三者効が認められてきたのは、一方債権に第三者が関与することによつて、それぞれ別個に債務内容を実現しなければならなくなる状況を回避するためである。債権譲渡にあつては、これが債務者の地位を悪化させてはならないとする原則に基づくことになる。すなわち、対等額において自己の債務を現実履行しなくともよいとする状態を維持するために、相殺の期待権が保護され、第三者効が認められてきたのである。不法行為に基づく債権や差押禁止債権を受働債権として相殺することが禁止されるのは、それが現実に履行されることを必要とするからであり、この意味で相殺が認められるということは、現実履行の免除ということが承認される場合、つまり簡易決済が認められる場合ということになる。そうすると、第三者に対してこのような関係が認められるための判断基準時は自己の債務の弁済期ということになる。自己の債務の履行時点で、自己の債権を引当にすることによつて、対等額で自己の債務の現実履行を免れる場合に限りて相殺が認められることになる。ここに相殺の第三者効が認められる理由が見い出されるのである。これを越えて、受働債権の弁済期が先に到来する関係においては相殺権が発生しないものと考えられる。この理は受働債権が取り立てられないままになつている間に自働債権の弁済期が到来した場合にも妥当する。相殺するために必要な相殺権がそもそも発生していないからである。さらには、第三者の関与形態が債権譲渡であれ、債権差押であれ、異なることはないと考え

えられる。いずれにしても、保護されるべきは債務者の有する相殺権であり、この相殺権の発生時期を問題として
 いるからである。⁽¹⁸⁾

ところで、相殺は当事者の信頼関係に基づいて認められるものである。⁽¹⁹⁾ この信頼関係がない場合にまで相殺を認めることは不当な結果を招来する。しかも、相殺が第三者に対する関係においても認められる場合にはなお一層の考慮が必要となる。相殺という一方の意思表示によって相手方の一般財産を消失させてしまい、これを引当として
 いる他の債権者に多大な影響を与えるからである。したがって、相殺を是認するためには他の債権者以上に両者間に緊密な結び付きが必要となる。交互計算に強い効力が認められるのも、このような関係があるからである。

ところで、ドイツ法においては、周知のように、自働債権の弁済期が受働債権よりも先に到来する関係になければ、債権譲受人や差押債権者に対して相殺を對抗することができないと明文をもって規定している。しかし、このように厳格な時的制限を設けているにも拘らず、相殺権者の期待を保護するために、関与時点で自働債権が具体的に成立している必要はないとし、それを発生させる法的基礎が存在していれば十分として相殺権を広く保護している。ところが、この理は無限定に認められているのではなく、それが認められた事例を仔細に検討すると、両債権が同一、あるいは同一とみられるような法律上の関係から生じた場合に限られているのである。⁽²⁰⁾ これは、時的制限を回避し、相殺の適用範囲を拡張する方向に向けられたものであるが、このような考え方は参考に値しよう。すなわち、当事者の信頼関係というものを客観的な両債権の結び付きによって判断していくのである。その結果、両債権が一体とみられるような関係がある場合に限り第三者効が認められるといえよう。この一体性を示すものが両債権の牽連性である。これは両債権が同一、ないし同一視されるような法律関係から生じた場合、例えば双務契約上の一方債務の不履行による損害賠償請求権などの場合や、継続的取引関係から生ずる債権債務などの場合に認めら

れることになろう。そして、この場合に限って相殺権の発生が認められ、第三者効を有するものと考えるのである。

注

(176) 千種秀央「差押と相殺をめぐる問題点」手研一六一号（昭和四五年）一三頁は、当事者間で認められる担保的機能が第三者に貫徹できるかどうかが問題であるとする。

(177) 加藤正治『破産法講義』（大正一三年、巖松堂）二二三頁以下は、民法上の相殺が債務消滅であるのに対し、破産法上の相殺は一方が割合的配分しか受けられないとの不公平を回避することから債権者の満足を目的とするものであり、別除権と同じであると述べられている。

(178) フランス破産法における相殺の取扱に関しては、山野目・前掲注（17）四六一頁以下、青木浩子「フランス法との比較からみた倒産時における相殺の担保的機能の限界（1）」（4・完）「NBL五二〇号二〇頁、五二二号二四頁、五二二号四九頁、五二三号（以上、平成五年）二二頁参照。

(179) なお、破産法の規定が制限説か無制限説かの決め手にならないとの指摘は、好美・前掲注（24）一八頁、母善夫「判批」慶応大学法学研究四四卷一〇号（昭和四六年）一九一六頁、同「差押と相殺」森泉章教授還暦記念論文集『現代判例民法学の課題』（昭和六三年、法学書院）五九九頁、御室・前掲注（66）二九七頁（なお、中務俊昌「シンポジウムにおける報告Ⅱ」私法二八号（昭和四一年）三七頁以下参照）。

(180) 小山・前掲注（77）三五七頁。

(181) 林・前掲注（110）五三四頁。

(182) 最近、賃金・年金等の差押禁止債権が銀行に振り込まれた場合にその預金債権と相殺することができるかということが下級審で争われているが、この問題についてもこの現実履行の必要性の有無という観点からする相殺の可否という判断基準が有用と思われる。この点は、相殺権濫用の問題として捉えている判決例もあることから、次稿で行う相殺権濫用の検討に際して一緒に行うことにする。

(183)

戦後、相殺が差押を中心に議論され、しかもそこにおける解釈基準としてすでに見たように、五一一条の構造論が主張されることによって、債権譲渡の場合との不統一があらわになった。つまり、大雑把にいうと、相殺の第三者効を認める根拠が、債権譲渡における債務者であれ、第三者債務者であれ、相殺に対する期待の保護であるならば、四六八条二項も五一一条も同様に解されることになるが、とくに差押がなされた場合の相殺の第三者効をその差押の効力と絡めて論じていくと、必然的に債権譲渡の場合との質的变化をもたらすことになるのである。したがって、相殺の第三者効が認められる範囲を債権譲渡と差押の場合で分けるべきか否かは、相殺の第三者効を何に基づいて認めるかに由来することになる。ただし、すでに見たように、学説では債務者と第三者の利益衡量に重心がおかれているため、各場合の利益状況の異なりからこの問題を捉えようとするのが考えられ、問題を複雑にしている。そうなると、ここでの争いは、第三者効の認められる理由付けが差押の効力からなされるのか、あるいは相殺の期待利益からの理由付けがなされるもそれは利益衡量の結果であるとして、差押の場合と債権譲渡の場合を分けて論ずるかという二点に集約されることになる。

両者を区別する方向性をまず示されたのは西原教授であった(西原・前掲注(60)一九三頁以下、同旨、柚木・高木・前掲注(95)五〇四頁)。すなわち、債務者の利益保護と相對するものは債権の譲渡性・差押の実行性の維持であり、その点で両者は異ならないが、「債権譲渡の場合と異なり債権が依然として差押債務者に帰属しているという点から、差押の場合に相殺の可能性をより広く認める見解が成立する可能性がある」とされるのである。

次いで、好美教授は、転付と差押の効力が同一でなければならない必然性はなく、むしろ利益衡量からは異なるべきであると主張される(好美清光「判批」週刊・金融判例七号(昭和四一年)三頁以下)。つまり、転付では債権が転付債権者に帰属することになり、第三債務者の無資力の危険を負うことになるが、差押にあっては債権の帰属が依然として差押債務者にあり、たんに第三債務者に対する支払禁止効が生ずるにすぎないからである。このことから、債権譲渡・転付の場合は四六八条二項により、各弁済期の先後で決するが、差押の場合には五一一条の文言により、自働債権の取得のみが問題なのであるから弁済期は問わないとされる(同「判批」週刊・金融判例二四号(昭和四一年)四頁以下、同「銀行預金の差押と相殺」下「判タ二五六号(昭和四六年)二六頁以下)。

さらに、米倉教授は次のように述べる。すなわち、差押・取立命令を取得したにすぎない場合はたんに差押債務者に代わって取り立てているに過ぎず、第三債務者は差押債務者に主張しえたことをすべて主張しえてよいはずであるから、相

殺は弁済期の先後を問うことなく主張することができる。これに対し、債権譲渡があった場合には、取引の安全性維持、つまり自由譲渡性を保護することと、また相殺に公示力がないことをもってして譲渡通知時点で両債権が相殺適状になければ相殺を主張することはできない。そして、差押・転付がなされた場合には、転付債権者が権利者となることから無制限的に解することはできず、また債権譲渡と違つて債務者保護規定がないこと、譲渡禁止特約などの防御方法がないことなどから、厳格に相殺適状を要求するまでのこともなく、結局この場合には自働債権の弁済期が先に到来するという関係にあれば相殺を主張できるとされるのである（米倉明「債権譲渡と相殺」手研二五六号（昭和五二年）五頁以下。また、奥田・前掲注（29）五四三頁、五八九頁以下も区別して論ぜられている）。

しかし、このような債務者の期待利益との比較衡量的に問題状況を分析することについては、やはり決め手に欠けるとの批判が加えられ（例えば、林良平「債権譲渡の通知前に存した反対債権と相殺の可否」民商八三巻一号（昭和五五年）一五二頁、同・前掲注（110）五五二頁以下、など）、あるいは債権譲渡と、同一債権についての差押の競合の場合には両者は同一の効力として対抗要件の先後関係で処理しているということから両者は同一の効力が与えられているとの批判が加えられている（鳥谷部・前掲注（20）三三九頁）。

（184）我妻・前掲注（8）三一九頁。

（185）拙稿・前掲注（13）一五〇頁。

五 結びに代えて

相殺の意思表示がなされる前に第三者が関与してきた場合、それでも相殺を対抗することができることをこの理由付けを相殺権保護の考えから試みた。これは、従来日本法においてもなされていたことであるが、相殺の期待あるいは担保的機能といった概念が浮上することによって曖昧にされてしまった。そこで改めて相殺権の内容を検討することによって、これらの概念との関連性や、相殺の他の機能との整合性を明確にすることが必要であると考

えられる。これによって、現在膠着状態に陥っているといわれる第三者関与時点での要件論にも一定の方向性が見出されることになると思われるからである。このような問題関心のもと、日本法・ドイツ法の判例学説を第三者効の理由付けという観点から整理した。そこで明らかになったことは、相殺適状による相殺権発生に止まらず、当事者の相殺に対する期待を保護するために相殺権を発生させるということである。しかも、簡易決済機能、つまり自己の債務を現実に行ないなくともよいとする状態を維持するために相殺権が発生し、これが第三者に対しても相殺を對抗することができる根拠となる。その結果、公平維持機能も担保的機能も相殺が行われた結果を指し示すものとなる。簡易決済機能によって第三者効が認められることからすれば、自己の債務を履行しなければならない時点で自己の債権を引当にすることができたかどうかが重要となる。すなわち、自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来していることが必要となるのである。これによって相殺権が発生し、一方債権が譲渡されても、あるいは差押えられても相殺を對抗することができるのである。また、このように相殺権の発生から第三者効が導かれるとすると、第三者の関与形態で結論を別異にする必要はないことになる。

ところで、相殺制度は当事者の信頼関係を保護するためのものであるとともに、第三者に対して深刻な影響を与えるものであることから、単に弁済期の先後関係を問うだけではなく、両債権の緊密性・一体性も必要となる。そのため、両債権が同一、ないしは同一とみられ得るような法律関係から生じたもの、あるいは継続的な法律関係から生じたものであることが必要であると考えられる。そうすると、これを具体的に示していくことが次の問題となるが、これは次稿において、とくに相殺権濫用の場面の検討を通して行っていきたい。

注

(186)

このようにして第三者効が認められ、その結果、第三者関与時点で自働債権の弁済期が受働債権のそれよりも先に到来するという時的制限が加えられることになるのであるが、これはあらゆる場合に妥当するものではない。例外として考えられるのは、将来債権の譲渡の場合である。将来債権の譲渡可能性は、さしあたって肯定されているものの、特定性の問題、移転時期の問題、對抗要件の問題など、必ずしも理論的に整理されているとはいえず、さらには包括譲渡や集合債権の担保化など、複雑な問題も生じている。このような状況の中、将来債権が譲渡された場合に債務者が譲受人に対抗し得る抗弁がいつまでに発生していなければならないか、こと相殺に関しては自働債権の取得時期、および弁済期の問題があり、さらに異議なき承諾との関連も考えられる。したがって、このような方向性からのアプローチも必要であると考えられるが、ここでは問題の指摘に止めておく。